المدخل لدراسة العلوم القانونية

القسم الثاني

النظرية العامة للحق

دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي

للدكتور

إسماعيل عبد النبي شاهين

أستاذ القانون المدني

ورئيس قسم القانون الخاص

بكلية الشريعة والقانون بطنطا

والمحامي لدى محكمة النقض والإدارية العليا

الناشر

دار النهضة العربية

للعام الجامعى

٢٠٠٦/٢٠٠٧

بسم الله الرحمن الرحيم

****

سبق أن ذكرنا أن القانون هو مجموعة القواعد التي تنظم علاقات الناس في المجتمع والتي يجبرون على طاعتها قهرا بواسطة السلطة العامة عند الاقتضاء ، وبينا آنذاك [١] أن هذا التعريف هو بمثابة أحد جناحي القاعدة القانونية ، أما الجناح الآخر فيخلص في أن القانون متى أقر مصلحة معينة لشخص ما ، فأنه يخول له سلطة القيام ببعض التصرفات التي بها يحقق تلك المصلحة في حدود معينة رسمها القانون على وجه الدقة ، كما أن القانون في ذات الوقت ، نهي غيره من الكافة عن المساس بتلك المصلحة أو التعرض لها ، وبذلك ينشأ مركز قانوني situation jurdique يختص به صاحب تلك المصلحة دون غيره ، ويقابله قيود تفرض على كافة الناس كحق الشخص – في إطار حدود الملكية – في أن يمتلك ويستعمل ملكة ويستغله ويتصرف فيه ويدفع عنه أي اعتداء ، فهذا المركز القانوني الذي نشأ لصاحب حق الملكية بموجب القانون أعطى له سلطات يحميها القانون هي الحقوق Les droits وواجبات تحد من عنان هذه الحقوق عند الاقتضاء .

وعلى أية حال فإن الحد الفاصل بين نظرية القانون التي فرغنا من دراستها ، وبين [**نظرية الحق**] التي نحن بصدد دراستها هو : **أن الأولى تمهد لدراسة كافة فروع القانون ، والأخيرة تمهد لدراسة فرع واحد منها هو القانون المدني** [٢] .

أما العلاقة بين القانون والحق فهي علاقة جد وثيقة ، إذ الحقوق لا توجد ولا تحترم إلا في ظل تنظيم قانوني ، وما لم توجد قواعد قانونية تبين مالك من

---

(١) انظر : القسم الأول من هذا المؤلف ص ٩ بند ٤ .

(٢) أحمد سلامة – المدخل لدراسة القانون – الكتاب الثاني .

نظرية الحق – دار وهدان – ط ٠ للطباعة والنشر ص ١ .

حق – وما عليك من واجب فلن يكون لأحد الناس آية حقوق ، فغاية القانون هي تنظيم الحقوق ، وهذه الصلة الوثيقة بين الحق والقانون هي التي دعت الفقيـــه " كلسن kelsen " إلى القول بأن القانون والحق هما ذات طبيعة واحدة وإن اختلفا في الدرجة ، فالقاعدة القانونية قاعدة سلوك عامة أو مجـــــــــردة Regle de conduite generale والحق هو قاعدة سلوك فردية أو مطبقــــــة Regle de conduite individuelle ومن ثم فالفرق بين العموم والفردية هو الذي يفرق بين القاعدة القانونية وبين الحق (١) .

ويـــثور التســـاؤل بعد ذلك : أيهما أسبق في الوجود الحق أم القانون ؟ وبمعـــنى آخر هل القانون هو الذي ينشئ الحق ويخلقه أم أن الحق ثابت من قبل ثم يأتي القانون ليقرره وينظمه ويحميه .

أجيـــب عـــلى هذا التساؤل منذ القدم بإجابات متباينة تخلــــص في أن أنصـــار المذهب الفردي : يقررون أن الحقوق سابقة على نشـــــوء القوانين لأن القـــانون نشـــأ مع نشوء الجماعة ، والجماعة أساسها الفرد ، والفرد يولد – وفقـــا لقوانيـــن الطبيعة – متمتعا منذ ولادته بحقوق طبيعية ويصنعه بشخصه كحقـــه فـــي الحياة ، وأنه دخل الجماعة بهذه الحقوق وخاليا من آية التزامات أو واجبات .

بيـــنما ذهب أنصار المذهب الاجتماعي إلى القول بأن القانون هو الذي

(١) انظر :

Daban : Le droit sulgectif, Paris 1952 .
P. 2 L. strauss, Droit naturel et histoire, 2 traduit. En francais par nakhan et de Dempierre. Paris " 1954, PP. 215 et 234 .

يخـلق الحـق ، وينظمه ، ويحميه ، ويمكنه أن يلغيه لأن من ملك الإنشاء ملك الإلغاء [١] .

على أن الاتجاه المعتدل – في رأينا – هو من يرى أن معظم التشريعات الوضـعية في العالم تنظر إلى القانون باعتباره ممسكا بزمام الحقوق مسكا يكاد يفيد أنه هو الذي ينشئها [٢] وينظمها ويلغيها عند الاقتضاء .

وبذلك نكون قد انتهينا من بيان العلاقة والصلة بين الحق والقانون وفقا للاتجاهات الفلسفية المختلفة وبيان المختار منها .

خطة البحث :

سنقسم دراستنا إلى الأبواب الأربعة الآتية :

الباب الأول : التعريف بالحق وأنواعه وتقسيماته .

الباب الثاني : أركان الحق " عناصره " .

الباب الثالث : مصادر الحق .

الباب الرابع : استعمال الحق وحمايته وانقضاؤه .

وإليك معالجة هذه الأبواب تفصيلا :

---

(١) انظـر فـي عرض هذا الرأي – وسابقه – تفصيلا – د . أحمد سلامه – المرجع السابق – جـ ١ نظرية القانون ص ٩ ، ١٠ ، د . نعمان جمعـه – دروس في المدخل للعلوم القانونيـة – ص ٢٧٧ ط ١٩٧٧ – ص ٢٧٤ – ٢٧٨ ، د . عبد المنعم البدراوي – مبادئ القانون ط ٦٩ – ١٩٧٠ ص ٢٦٠ .

(٢) انظر : د . أحمد سلامه – السابق ص ١٠ – د . البدراوي السابق ص ٦٠ .

الباب الأول

التعريف بالحق وأنواعه وتقسيماته

****

١ – تمهيد :

سنعالج أحكام هذا الباب في فصلين :

- الفصل الأول : في تعريف الحق ٠
- الفصل الثاني : في أنواع الحقوق وتقسيماتها ٠

الفصل الأول

تعريـــــــف الحـــــق

****

٢ – توضيـح :

كـــان تعريف الحق مثار خلاف فقهي كبير منذ القدم ، وتباينت اتجاهات الفقهـــاء في هذا الصدد تباينا ملحوظا ، رغم ما قد يبدو ولأول وهلة من سهولة وضـــع تعريف للحق وتحليل مضمونة ، ولا ريب أن وضع تعريف جامع مانع للحق أمر بالغ الصعوبة ، ولم ينعقد عليه إجماع الفقهاء ، حتى الآن ، وهذا أمر طبيعي في ميدان العلوم الاجتماعية – على وجه الخصوص – ولهذا قيل بحق أن كل تعريف أمر خطر : Ammis defintia ٠

ومع الاعتراف بتواجد تلك الصعوبات إلا أن ذلك لا يمكن أن يؤدي إلى رفض وجود الحق أصلا ، وهو ما حدا بالفقه إلى أعمال قريحتهم في هذا الشأن كل له منحى سنبينه في المباحث الآتية :

المبحث الأول

المذهب الشخصي في تعريف الحق

****

٣ - تعريف الحق وتحليل مضمونه عند أصحاب الاتجاه الشخصي :

المذهب الشخصي أو مذهب الإرادة La dactrine de La valonte هو من أقدم المذاهب في تعريف الحق ، ولهذا يطلق عليه : المذهب التقليدي Classique ويسمى بالمذهب أو الاتجاه الشخصي لأنه ينظر إلى تعريف الحق من خلال الشخص صاحب الحق ، ويتزعم هذا الاتجاه الفقيهان الألمانيان ونشيد windcheid وسفيني Savigny ويعرف أصحاب هذا الاتجاه الحق بأنه " سلطة أو قدرة أرادية يعترف بها القانون لارادة فرد - أو أفراد - معين تخول له القيام بأعمال معينة (١) .

فالحق عند أصحاب هذا المذهب لا يوجد إلا إذا اراده صاحبه ، ثم لا

---

(١) انظر في هذا الموضوع : د ٠ سليمان مرقس - المدخل للعلوم القانونية - ط ١٩٦٧ ص ٤٣١ وما بعدها ، د ٠ إسماعيل غانم - محاضرات في النظرية العامة للحق ط ١٩٦٦ وما بعدها ، د ٠ شفيق شحاته - محاضرات في النظرية العامة للحق ط ١٩٤٩ ص ٨ ، د ٠ عبد الحي حجازي - نظرية الحق في القانون المدني ص ١١ - ١٢ . د ٠ عبد المنعم البدراوي - السابق ص ٢٦٢ ، د ٠ توفيق فرج - المدخل للعلوم القانونية - القسم الثاني ط ١٩٨١ ص ٤٤٠ وما بعدها ، د ٠ منصور مصطفى منصور - المدخل للعلوم القانونية - جـ ٢ ص ٨ ط ١٩٦٢ ، د ٠ جميل الشرقاوي - دروس في أصول القانون ص ٢٣٢ وما بعدها ، ط ١٩٧٢ ، د ٠ عبد الودود يحيى - دروس في مبادئ القانون ط ١٩٨٣ ص ١٩٩ ، د ٠ نعمان جمعه - السابق جـ٢ - نظرية الحق - ط ١٩٨٢ ص ٢ وما بعدها ، د ٠ محمد شكري سرور - النظرية العامة للحق - ط ١٩٧٩ ص ١٦ وما بعدها ، د ٠ محمد على عمران - مبادئ العلوم القانونية ط ١٩٨٠ ص ١٨١ وما بعدها ، د ٠ عبد الناصر العطار - مدخل القانون ط ١٩٧٩ ص ٣٦١ وما بعدها ٠

يعتد بالحق ولا تكون له قيمة إلا إذا وجد من يباشره ويتمتع به ويحميه ، والقانون هو الذي يمنح الشخص هذه القدرة ، وهو يكون صاحب حق متى كانت إرادته في حدود القانون ، أي أنا أريد فأنا صاحب حق كما يقول سافيني في عبارة مشهورة له .

ويتبين من ذلك أن عنصري الحق في المذهب الشخصي:

(أ) **الإرادة المطلقة** : بمعنى قدرة كل ذي إرادة على إنشاء حقه وتعديله وإنهائه (١) من ناحية ، كما أن لصاحب الحق حرية مطلقة في استعمال أو عدم استعمال السلطات والمكنات الناشئة عن هذا الحق من ناحية أخرى ، فالمالك مثلا – له حرية التصرف فيما يملك ، والدائن له أن يقتضي حقه من دائنه كما يشاء أو يتنازل عنه ، وهذا يعني أن إرادة صاحب الحق هي المهيمنة على إنشاء الحقوق أو تعديلها أو إلغائها كما أن إرادة صاحب الحق تظهر واضحة عند مباشرة صاحب الحق لحقه ، ومن ثم تغدو إرادة صاحب الحق هي الحاسمة في وضع القانون المحدد لمصلحته موضع التنفيذ .

وإذا كان نطاق الحق على النحو السابق هو الإرادة الحرة فلا يمكن تصور ثبوت حق للشخص على نفسه " في نظر سافيني " وإلا كان لهذا الشخص – بحق – أن يتصرف في نفسه ذاتها – بموجب ما لإرادته من سيادة ، فيغدو الانتحار على هذا النحو مشروعا (٢) .

(ب) **الحرية والاستقلال** : بمعنى أن الحق نابع من الطبيعة وليس من صنع القانون الوضعي ، فالحق مندمج في نفس كيان الشخص الطبيعي ،

---

(١) انظر : د . توفيق فرج – السابق ص ٤٤١ .

(٢) انظر : د . محمد شكري سرور – السابق ص ١٧ ، دابان السابق ص ٥٩ .

وهـذا الحق الطبيعي يستند إلى أساس شخص يكتسب صفة شخصية تتلاءم مع إرادة الإنسان وطبيعته الفردية (١) ومن ثم ظهر مبدأ سلطان الإرادة الذي تأخذ به معظم دول العالم حاليا كنتيجة من أهم نتائج المذهب الشخصي .

٤ - نقد المذهب الشخصي في تعريف الحق :

وجهت إلى هذا المذهب بحق عدة انتقادات كان أهمها :

أ - خلط أنصار هذا المذهب بين " الحق " و الإرادة وذلك حين عرفوا الحق بأنه " قدرة إرادية " مع أنه من المسلم به إمكان ثبوت الحق لشخص عديم الإرادة كالمجنون والصغير غير المميز ، ولم ينازع أحد في قيام تلك الحقوق لمثل هؤلاء ، هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى يمكن اكتساب بعض الحق دون علم أصحابها أو دون إرادتهم كالغائبون والموصى لهم . كما أن القول بأن الحق " قدرة إرادية يتنافى وما هو مسلم به من إمكان ثبوت الحق لغير ذوي الصفة الإنسانية من الأشخاص الاعتبارية كالشركات والهيئات والمؤسسات لأنه من الصعب القول بأن مثل هؤلاء الأشخاص يتمتعون بإرادة حقيقية كإرادة بني البشر .

ب - القدرة الإرادية قد يباشرها شخص ، ومع ذلك يثبت الحق لغيره فإرادة الولى أو الوصي هي التي تباشر الحق حين يكون الحق ثابتا للقاصر وليس للوصي أو الولي .

جـ - أنصار هذا المذهب خلطوا بين مسألتين يجب التفرقة بينهما ، فقد خلطوا بين وجود الحق وبين مباشرته واستعماله ، فالحق قد يوجد ولو لم توجد

(١) انظر : د . نزيه المهدي - السابق ص ١٧ .

(٢) انظر : د . محمد سرور - السابق ص ٣٢ .

الإرادة نفسها [١] ولكن مباشرة الحق لا تكون إلا عن طريق الإرادة ، كالمجنون والصبي غير المميز حين تثبت لهما بعض الحقوق ولكنهما لا يستطيعان مباشرتها لانعدام إرادتيهما ، لذلك كان التصوير الشخصي للحق تصويرا معيبا لأنه لا ينصب على جوهر الحق ولكنه ينصب على إحدى خصائصه اللاحقة وهي مباشرة الحق ٠

د – اصطلاح " القدرة أو الممكنة أو السلطة " لا يدل على المراد لأنه يشعر بأن صاحب الحق يستطيع دائما أن يباشر حقه ، مع أن القانون قد يسلب الشخص هذه القدرة أو يقلصها ، كما في حالة المحكوم عليه بعقوبة جنائية ، فهذا لا يمكنه طوال مدة سجنه – أو اعتقاله – أن يباشر أعمال الإدارة الخاصة بأمواله كما لا يمكنه مباشرة التصرفات الواردة على أمواله إلا بأذن من المحكمة المدنية التابع لها محل إقامته ، مع أن هذا الشخص رغم ما سبق – يكون صاحب الحق في هذه الأموال ٠

---

(١) د ٠ توفيق فرج – السابق ص ٤٤٣ ، وانظر : د ٠ نعمان جمعة – السابق ص ٢٨٧ ٠

المبحث الثاني

المذهب الموضوعي في تعريف الحق

****

٥ – تعريف الحق عند أصحاب الاتجاه الموضوعي وتحليل مضمونة :

سـمي هذا الاتجاه بالمذهب أو الاتجاه الموضوعي لأنه ينظر إلى الحق من حيث موضوعه أو الغرض منه ، ويتزعم هذا الاتجاه العالم الألماني " أهرنج Ihering وهـو من أشد الفقهاء مهاجمة للاتجاه الشخصي في تعريف الحق لأن دور الإرادة – فـي نظره دور ثانوي لا يظهر إلا في حالة استعماله فقط ، ومن ثـم فقـد عرف اهرنج الحق بأنه (مصلحة يحميها القانـون) (١) interet Juridiquemeh

ومن هذا التعريف يتبين أن الحق فيه يقوم على عنصرين :

أولهما : العنصر الموضوعي أو الجوهري substantiel أو المادي وهو مـ يتمثل في الغاية العملية من الحق التي يحققها الحق لصاحبه وهي لا تخرج عن الفائدة أو المنفعة أو المغنم أو المزية التي يخولها الحق لصاحبه ٠

ثانيهما : العنصر الشكلي : وهو عبارة عن حماية القانون المتمثلة في الدعوى إذ أن لكل حق " مصلحة " غاية يحققها لصاحبه ولابد لهذه المصلحة من حمايـة تتمـثل في الدعوى القضائية والمصلحة التي اعتبرها " إهرنج " جوهر

---

(١) انظر في عرض هذا الاتجاه : د ٠ عبد المنعم البدراوي – السابـق ص ٢٦٢ ، د ٠ توفيق فرج – السابق ص ٤٤٥ ، د ٠ عبد الودود يحيى – السابق ص ٢٠٠ ، د ٠ نعمان جمعة – السابق ص ٢٨٨ ، د حسن كيرة – السابق ص ٢٥٥ وما بعدها د ٠ منصور مصطفى منصور – السابق ص ٣١ وما بعدها ، د ٠ جميل الشرقاوي – السابق ص ٢٣٥ ، وانظر دابان – السابق ص ٦٥ وما بعدها ٠

الحــق يمكن أن تكون مصلحة مادية كمصلحة الشخص في ملكيته لمنزل مثلاً ، فالمصــلحة الــتي تعود على هذا الشخص هي مصلحة مادية تقوم بالنقود ، كما يمكــن أن تكــون المصلحة أدبية كمصلحة الإنسان في حماية شخصيته وحريته وشرفه وروابطه الأسرية .

وعــلى ضــوء هــذا التحليل للحق يمكن تفسير ثبوت الحق لعديمــي الإرادة وناقصي الإرادة عــلى السواء [١] ، وبذلك يمكن تحاشي الانتقاد الذي وجه إلى المذهــب الشخصي في هذا الصدد ، ولكن يظل للإرادة دورها القانوني في تحديــد الغايــات التي يريد صاحب الحق الوصول إليها ، والحاجات التي يريد إشباعها [٢] .

٥ – م – الانتقادات الموجهة للتعريف الموضوعي للحق :

كــان الاتجاه الموضوعي في تعريف الحق مثار انتقادات عنيفة من قبل الفقه لعل أهمها :

أ – خلط هذا المذهب بين جوهر الحق ذاته والهدف منه ، فالمصلحة في الواقــع هي غاية الحق وليست جوهره ، وليس من الدقة في شيء تعريف الحق بغايته أو الهدف منه .

ب – لوحظ على تعريف إهرنج للحق ، أن هناك مصالح معينة لا تسمو إلى مرتبة الحق ، ومثال ذلك ما لو اشترط مستأجر للدور العلوي في منزل على المؤجر أن يقوم بإنارة السلم ، فلا ريب أن ساكني الأدوار السفلى سيستفيدون من هــذا الاشتراط ، مع أنهم ليسوا أصحاب حق في ذلك ، بمعنى أن مصلحتهم لا

---

(١) د . نزيه المهدي – السابق ص ١٦ .
(٢) د . محمد سرور – السابق ص ١٩ .

تعطيهم الحق في إلزام المؤجر بإنارة السلم ، لأن هذا الحق لا يتمتع به إلا صاحب الدور العلوي فقط بناء على الاتفاق المبرم بينه وبين المؤجر [١] ، وهذا هو الشأن تماما فيما يتعلق بفرض الرسوم الجمركية على الواردات الأجنبية حماية للمنتجات الوطنية ، إذ أن المنتجين الوطنيين لهم مصلحة في هذه الحماية لأنهم يستفيدون منها ، ولكنها لا تعطيهم الحق في هذه الحماية .

جـ - لوحظ على هذا الاتجاه أنه جعل من " الحماية القانونية " عنصرا في الحق ، وبهذا يكون قد جعل الحماية القانونية أو الدعوى هي مناط وجود الحق أو الفيصل فيه ، وهذا أمر لا يمكن التسليم به ، ذلك أن الحماية القانونية هي نتيجة للتسليم بوجود الحق وتالية لقيامه وليست ركنا فيه ومن ثم كان صحيحا أن يقال أن القانون يحمى الحق لأنه حق ، ولا يقال أن ما يعتبر حقا هو كذلك لأن القانون يحميه [٢] .

---

(١) د . البدراوي - السابق ص ٢٦٣ .

(٢) د . حسن كيرة - السابق ص ٥٥٩ بند ٢٣٨ ، د . عبد الودود يحيى - السابق ص ٢٠ ، د . عبد المنعم البدراوي - السابق ص ٢٦٤ ، د . توفيق فرج - السابق ص ٤٤٦ .

المبحث الثالث

المذاهب المختلطة في تعريف الحق

****

٦ - بيان وإيضاح : المذهب المختلط في تعريف الحق :

إزاء الانــتقادات الســابقة لكل من المذهبين الشخصي والموضوعي في تعــريف الحــق حاول بعض الفقه - كما هو المعتاد حينما يشتد الخلاف بشأن تحديــد بعــض الأفكــار القانونيــة [١] - أن ينهج طريقا وسطا يمزج فيه بين الاتجاهين بحيث يعرف الحق من خلال صاحبه ومن خلال موضوعه فيتم بذلك " الجمع بين الاتجاه الشخصي والاتجاه الموضوعي [٢] ، وهو ما يعرف بالاتجاه المختــلط في تعريف الحق ، وقد تباينت - هذه المحاولات المختلطة حول بيان طبيعة الحق إلى اتجاهات عديدة حسب تقدير كل منهم لأهمية كل عنصر بالنسبة للعنصــر الآخر فمنهم من عرف الحق من خلال النظريات التقليدية ومنهم ومن عــرفه مــن خــلال النظريات الحديثة ٠٠٠٠ الخ ، وسنعرض لهذه المحاولات تفصيلا في المطالب الآتية :

المطلب الأول

النظرية التقليدية في تعريف الحق

****

٧ - مضمون النظرية :

يأتي على رأس أنصار هذه النظرية فريق من الفقه الألماني و الإيطالي والفرنســي يــتزعمهم " سالي وميشو " و" جلينك " و " فرارا " ومن شايعهم من

---

(١) د ٠ محمد شكري سرور - السابق ص ١٩ ٠

(٢) د ٠ حسن كيرة - السابق ص ٥٥٩ بند ٢٣٨ ٠

الفقهاء وقد عرف هذا الفريق الحق بأنه ذو طبيعة مزدوجة تتكون من عنصرين: أحدهما شخصي يتمثل في الإرادة ، والثاني : موضوعي يتمثل في المصلحة أي أن الحق عندهم " قدرة إرادية ومصلحة محمية في نفس الوقت [١] ،

ثـم أنقسـم أنصـار هذا الاتجاه – بعد ذلك – في تغليب أي العنصرين الإرادة أو المصلحة " على الآخر " .

فذهـب بعضـهم مـثل " ميشيو " إلى ترجيح عنصر المصلحة ومن ثم يعرف الحق بأنه " مصلحة شخص أو مجموعة من الأشخاص يحميها القانون"، حيـث يعـترف لإرادة مـا بالقدرة على تمثيل هذه المصلحة والدفاع عنها [٢] ، فالـركن الأساسـي للحق هو المصلحة على أساس أن صاحب الحق وحده " هو الـذي سـيفيد مـن الحق ، أما الإرادة فهي تتحرك بشكل إيجابي – تحت لواء المصـلحة – لتـلعب دورها المشترك سواء في إنشاء الحق أو الدفاع عنه ع الاعتداء عليه [٣] .

وذهـب البعض الآخر مثل" سالي " من أصحاب هذه النظرية إلى القول بأن الحق " سلطة موضوعة في خدمة مصالح ذات طابع اجتماعي تباشرها إرادة مستقلة [٤] ولم يستعمل " سالي " اصطلاح " إرادة " بعد كلمة " سلطة " ما دام من الثابت أن هذه السلطة قد تثبت لشخص ويستعملها شخص آخر .

فالسـلطة عند سالي هي خير ما يكشف عن خاصية الحق باعتباره أمرا حيا متحركا لا مجرد قوة ساكنة ، ومن ثم فللارادة دور مستقل لأن الأمر يتعلق بسلطة شخصية لصاحب الحق .

---

(١) د . نزيه المهدي – السابق ص ٣٣ ، وانظر د . توفيق فرج – السابق ص ٤٤٨

(٢) مشار إليه في دابان – السابق ص ٧٢ .

(٣) د . محمد شكري سرور – السابق ص ٢٠ .

(٤) انظر دابان – السابق ص ٧٦ – ٧٧ .

وذهب " جيلنك " إلى تغليب الإرادة على المصلحة فعرف الحق بأنه قدرة إراديـــة يعـــترف بها القانون ويحميها وتجد محلها في مال أو مصلحة [١] ،على أســـاس أن جوهر الحق ليس هو المصلحة بل الإرادة التي يخولها القانون القدرة والسيطرة على إنشاء الحق واستعماله من أجل تحقيق المصلحة ٠

٧-م – تقييم النظرية التقليدية في تعريف الحق :

فـــي تقييم صحيح – في رأينا لهذه النظرية قبل بأنه مهما كان من قول هؤلاء المناصرين للمذهب المختلط فهو قول لا جدوى منه ، ولا طائل من ورائه إذ تظـــل الانـــتقادات والعيـــوب الموجهـــة إلى الاتجاهين السابقين " الشخصي والموضـــوعي " موجهـــة في ذات الوقت إلى النظرية التقليدية من حيث أنها لم تعرف الحق نفسه ولم تبين جوهره ، إذ الحق لا يفترض بالضرورة قدرة إرادية لدى صاحبه – كما بيناه في حينه – كما أن المصلحة ليست هي جوهر الحق [٢] بـــل غايته على نحو ما سلف ، كما أن الحق ليس هذا أو ذاك معا [٣] ، ومن ثم تبقى المشكلة دون حل مما يتعين معه ضرورة البحث عن حل أكثر توفيقا وهو ما حاوله أنصار النظرية الحديثة التي سنبحثها حالا ٠

(١) مشار إليه في دابان – السابق ص ٧٤ ٠
(٢) د ٠ عبد المنعم البدراوي – السابق ص ٢٦٤ ٠
(٣) د ٠ توفيق فرج – السابق ص ٤٤٩ ٠

المطلب الثاني
النظريات الحديثة في تعريف الحق
****

الفرع الأول
نظرية دابان في تعريف الحق
****

٨ - مضمون نظرية دابان :

جـــان دابـــان Daban الفقيه الفرنسي والأستاذ بجامعة لوفان البلجيكية وهـــو صاحب المؤلف المشهور عن الحق والمنشور في عام ١٩٥٢ ، وقام فيه دابـــان بذكر Droit subjectif وتحليل ونقد تعريف الحق طبقا للمذاهب السابقة جميعها ، وذكر في نظريته أنها تقوم على توازن متعادل بين المذهبين الشخصي والموضـــوعي ، ومن ثم فقد ذكر دابان أن الحق في نظره يقوم على عنصرين الاستئثار appartenance والتسلط (١) ، maitrise ، وبهذا التأسيس يمكن القول أن نظرية دابان في الحق تقوم على ثلاثة ركائز أو عناصر ثلاثة :

أ - **عنصـــر الاستئثار** : " الاختصاص أو الانتساب أو الإسناد " ويقصد بهـــذا العنصر [اختصاص شخص على سبيل الانفراد بشيء أو قيمة ما] وهذا الاستئثار لا يرتبط بالانتفاع - ولو أنه غالبا ما يتضمنه - ، إذ قد يكون الانتفاع لغير من يثبت له الاستئثار كالسارق أو المغتصب ، ولهذا لا يحمي القانون مثل هؤلاء(٢) ، وبهذا يستبعد دابان فكرة " المصلحة " فالحق يوجد إذا وجد الاستئثار،

---

(١) انظر في ذلك : د ٠ توفيق فرج - السابق ص ٤٥٠ ، د ٠ البدراوي - السابق ص ٢٦٥ ، د ٠ نزيه المهدي - السابق ص ٢٥ ، د ٠ محمد شكري - السابق ص ٢٢ ومـــا بعدها ، د ٠ نعمان جمعة السابق ص ٢٩٤ وما بعدها ، وانظر : دابان السابق ص ٨٠ وما بعدها ٠

(٢) د ٠ توفيق فرج - السابق ص ٤٥١ ٠

أمـــا المصـــلحة وحدهـــا فـــلا تبرر وجود الحق ، إنما هي هدفه فقط ، كما أن الاستئثار لا يرتبط حتما بالإرادة ، فقد يثبت الحق لشخص لا تتوافر لديه الإرادة كعديم الأهلية ، فهو فاقد الإرادة ومع ذلك قد يكون صاحب حق متى كانت لـــه أموال يستأثر بها ٠٠

ب – عنصـــر التســـلط : ويقصد به [سلطة التصرف بحرية في الشيء موضوع الحق] وظالما أن الشيء يخص صاحب الحق فإن له السلطة أو القدرة عـــلى التصرف فيه بحرية سواء كان تصرفا عاديا باستعماله أو عدم استعماله ، أو كـــان تصرفا قانونيا بنقله إلى الغير أو ترتيب حق عليه ، ويراعي أن التسلط يـــبقى قائمـــا حتى ولو وجد حائل مادي أو قانوني يحول دون ظهوره ، فالتسلط مثلا يظل بالنسبة للمحجور عليه أو القاصر مع أن كلا منهما لا يستطيع مباشرة تسلطه فعلا حتى يختفي المانع الذي يحول بين كل منهما وبين إمكان التصرف[١] وغـــني عـــن البيان في نظر دابان – أن الإرادة غير لازمة لوجود التسلط وإن كانت لازمة لمباشرة واستعمال الحق فقط ٠

جـــ- عنصر التبادل : لابد للحق أن يرتكز أو يقوم على فكرة التبادل أي الـــتقابل بيـــن الحقوق المختلفة لدى الأشخاص بما يستتبع نشأة التزامات متبادلة بينهم لضمان احترام كل شخص لحقوق الآخرين [٢] .

---

(١) د ٠ البدراوي – السابق ص ٢٦٦ ٠

(٢) دابـــان : الحق والنزعة الشخصية القانونية – مقال بمجلة فلسفة القانـــــــــــون ص ١٩٦٤ ص ٣٠ مشار إليه بهامش مدخل القانون للدكتور نزيه المهدي – السابق ص ٢٦ ٠

وخلاصة القول :

في نظرية دابان أن الحق الذي سنصل إلى تحديد طبيعته في نهاية الأمر هو حق نسبي مقيد لا يستند إلى سلطان الإرادة والحرية المطلقة بل يجمع بين إشباع حاجة صاحبه الخاصة في حدود الوظيفة الاجتماعية المحددة لكل الحقوق [١] .

وينتهي دابان في ضوء تحليل العناصر السابقة إلى تعريفه الحق بأنه " استئثار – ميزة – يمنحها القانون لشخص ما ويحميها بطرق قانونية وبمقتضاها يتصرف الشخص على مال معترف له به بصفته مالكا ومستحقا له [٢] .

٩ – تقييم نظرية دابان :

يرى بعض الفقه [٣] في معرض تقييمه لنظرية دابان أن الأخير كان له الفضل في الحد من التصوير الشخصي للحق باستبداله فكرة الإرادة بفكرة " التسلط " كما كان له الفضل في الحد من التصوير الموضوعي للحق باستبعاده لفظ " المصلحة " واستبداله بفكرة " الاستئثار إذ المصلحة لا تصبح حقا إلا إذ تقررت للشخص على سبيل الاستئثار [٤] وبهذا الحد من غلواء المذهبين الشخصي والموضوعي قرب من حل وسط توفيقي يحقق التوازن بين المذهبين، بل أن هذه النظرية تعد ثروة فقهية لما قدمته من تحليل عميق وأفكار مبتكرة في

---

(١) دابان – المقال السابق ص ٢٤ .

(٢) دابان – الحق " مؤلفة السابق ص ١٠٥ ، وانظر تحليلا مفصلا لأراء دابان : د . نعمان جمعة – السابق ص ٢٩٤ – ٣٠٢ ، د . توفيق فرج – السابق ص ٤٥٠ – ٤٦١ .

(٣) د . نزيه المهدي – السابق ص ٢٦ .

(٤) د . البدراوي – السابق ص ٢٦٧ .

تعريف الحق، [١] ومع ذلك فقد استهدفت نظرية دابان للنقد من حيث أنها جعلت الحـــق " ميزة " وهي لا تخرج عن أحد أمرين إما القدرة ، وإما المصلحة وبذلك يكـــون دابان عاد إلى التعريف الشخصي والموضوعي للحق ، [٢] وكلاهما كان محـــل نقـــد عـــلى النحو السابق في موضوعه ، كما أن فصل دابان بين واجب احـــترام الناس للحق وبين الوسيلة التي يقع بها اقتضاء الواجب هو فصل عديم الفائدة وليس له أساس منطقي .

الفرع الثاني
تعريف الحق في فقه القانون المدني المعاصر

****

١٠ – التعريف المزدوج للحق هو السمة الغالبة في الفقه المعاصر :

يذهب الرأي الراجح في فقه القانون المدني الفرنسي والمصري المعاصر إلى وجوب التآلف والتصالح بين العنصرين الشخصي والموضوعي في تعريف الحـــق وبيـــان طبيعته القانونية " بحيث يدخل في تعريف الحق وتحديد جوهره مجموعة من العناصر المركبة تسمح بوجود هذا التصالح .

فقد عرف الفقيه " ستارك " الحق بأنه مجموعة من السلطات أو المكنات الممـــنوحة لشخص على شيء معين أو في مواجهة شخص آخر في الحدود التي يرســـمها القـــانون [٣] ، ويـــرى ضـــرورة المصـــالحة بين العنصر الشخصي

---

(١) د . نعمان جمعة – السابق ص ٣٠٥ .

(٢) د . جميل الشرقاوي – السابق ص ٢٤٢ – ٢٤٣ .

(٣) ســتارك – المدخل للقانون المدني – باريس سنة ١٩٧٢ ص ٦٥ ، وانظر مارتي ، رينو – المدخل للقانون – ١٩٦٤ رقم ١٤٧ ، كاربونيه – القانون المدني جـ١ رقم ٢٤٧ – ١٩٧٦ .

والموضوعي وتغليب الأول على الثاني عند الاقتضاء ، وهذا هو السائد في الفقه المدني الفرنسي المعاصر ٠

وباستعراض تعريف الحق لدى شراح القانون المدني المصري نرى أن السائد بينهم هو ازدواجية العنصرين الشخصي والموضوعي في تعريف الحق ٠

فيرى بعضهم [١] أن الحق " استئثار بشيء أو بقيمة استئثارا يحميه القانون ويرى البعض الآخر أن الحق ذو عنصرين :

الأول : قدرة على التصرف أو السلوك بطريقة معينة ٠

والثاني : الحماية القانونية التي تكفل احترام هذه القدرة والتي تنتج من أن هذه القدرة يمنحها القانون ٠

وذهب نفر منهم إلى أن الحق " اختصاص " أو استئثار " شخص بقيمة مالية أو أدبية معينة تحت حماية القانون [٣] ٠

بينما ذهب بعضهم إلى القول بأن الحق رابطة قانونية بمقتضاها يخول القانون شخصا من الأشخاص – على سبيل الانفراد أو الاستئثار – التسلط على الشيء أو اقتضاء أداء معين من شخص آخر [٤] أي أن الحق يستوجب عنصري الرابطة القانونية والاستئثار ٠

وذهب آخرون إلى القول بأن الحق سلطة تخول الشخص القيام بأعمال معينة تحقيقا لمصلحة يعترف بها القانون [٥] ٠

---

(١) د ٠ توفيق فرج – السابق ص ٤٦٣ ٠

(٢) د ٠ عبد المنعم البدراوي – السابق ص ٥٦٧ ٠

(٣) د ٠ حسن كيرة – السابق ص ٥٦٧ ٠

(٤) د ٠ سليمان مرقس – السابق ص ٤٣٦ ٠

وقـــال الـــبعض الآخـــر أن أفضل تعريف للحق هو أنه " سلطة يقررها القـــانون لشـــخص معين يستطيع بمقتضاها القيام بأعمال معينة تحقيقا لمصلحة يقرها القانون [١] ، وأخيرا يرى بعض الفقه أن الحق هو " مركز قانوني مزدوج يتكون من عنصرين :

أحدهما : شخصي ويتمثل في المزايا والمكنات التي يخولها هذا المركز لصاحبه ٠

وثانيهمـــا : موضوعي يتمثل في القيود والحدود التي يرسمها القانون لممارسة هذه المزايا والمكنات [٢] ٠

---

(١) د ٠ عبد الودود يحيى – السابق ص ٢٠١ ٠

(٢) د ٠ نزيه المهدي – السابق ص ٣٧ ، وقرب من ذلك : د ٠ محمد شكري – السابق ص ٣٨ ٠

المبحث الرابع

تعريف الحق في الفقه الإسلامي

****

١١ - الحق في اللغة :

ورد الحق في اللغة بمعان عديدة أهمها :

١ - ورد بمعنى الثبوت والوجوب [1] ومن ذلك قوله تعالى : ﴿ **فريقا هدى وفريقا حق عليهم الضلالة** ﴾ [2] ، وقوله تعالى : ﴿ **وإذا أردنا أن نهلك قرية أمرنا مترفيها ففسقوا فيها فحق عليها القول فدمرناها تدميرا** ﴾[3] أي وجب وثبت عليها القول [4] وقوله تعالى : ﴿ **ثم ننجي رسلنا والذين آمنوا كذلك حقا علينا ننجي المؤمنين** ﴾ [5] ، أي ثابتا علينا إلى غير ذلك من الآيات الكثيرة .

٢ - ورد الحق بمعنى أنه نقيض الباطل - كما في قوله عز وجـــل : ﴿ **ولا تلبسوا الحق بالباطل وتكتموا الحق وأنتم تعلمون** ﴾ .

٣ - ورد الحق بمعنى الصدق : كما في قوله تعالى : ﴿ **تلك آيات الله**

---

(١) لســان العــرب لابن منظور جـ ١ مادة حقق - الطبعة الأولى - البابي الحلبي - وانظــر القاموس المحيط للفيروزآبادي جـ ٣ فصل الحاء - الطبعة الثانية ١٣٧١ هـ - ١٩٥٢م .

(٢) سورة الأعراف آية ٣٠ .

(٣) سورة الإسراء آية ١٦ .

(٤) انظر : الجامع لأحكام القرآن للقرطبي جـ ١٠ ص ٢٣٤ - أولى دار الكتب .

(٥) سورة يونس آية ١٠٣ .

نتلوها عليك بالحق ﴾ ، وقولــه تعالى : ﴿ **نـزل عليك الكتاب بالحق** ﴾ أي بالصدق .

٤ - ورد الحق بمعنى القرآن الكريم أو الإسلام - كما في قوله تعالى : ﴿ **بل كذبوا بالحق لما جاءهم فهم في أمر مريج** ﴾ [١] .

٥ - ورد الحــق بمعنى : العدل كما في قوله تعالى : ﴿ **والوزن يومئذ الحق** ﴾ [٢] .

٦ - ورد الحــق بمعنى أن يكون أسما لله تعالى أو صفة من صفاته كما في قوله تعالى : ﴿ **هنالك الولاية لله الحق** ﴾ [٣] .

٧ - ورد الحــق بمعــنى اليقين : كما في قوله تعالى : ﴿ **بل آتيناهم بالحق وإنهم لكاذبون** ﴾ [٤] ، أي جئناهم باليقين [٥] .

ونكتفي بهذا القدر من معاني الحق في اللغة إذ أنه ورد بمعان كثيرة [٦] لا يتسع المقام لذكره .

١٣ - معنى الحق في اصطلاح فقهاء المسلمين :

اختــلف فقهاء الفقه الإسلامي في تعريفهم للحق كاختلاف فقهاء القانون

---

(١) انظر بتفسير : القرطبي السابق ص ١٠٥ جـ ١١ - سورة ق آية ٥ .

(٢) سورة الأعراف آية ٨ ، وانظر في ذلك المعنى : تفسير القرطبي السابق .

(٣) سورة الكهف آية رقم ٤٤ ، انظر تفسير القرطبي السابق جـ ١٠ ص ٤١١ .

(٤) سورة المؤمنون - آية ٩٠ .

(٥) انظر تفسير الطبري جـ ١٨ ص ٤٩ ط . دار المعارف بمصر .

(٦) انظر فيما سبق تفصيلا : د . بلال محمود مهران - لرسالته لنيل درجة الدكتوراه - عام ١٩٨٠ - نظرية الحق في الفقه الإسلامي ص ٤ ، ٥ .

الوضعي تماما في هذا الصدد ، وإن كان أساس هذا الاختلاف يختلف عند فقهاء المسلمين عن نظرائهم من فقهاء القانون الوضعي ، ويمكننا بلورة اتجاهات فقهاء المسلمين وتصنيفها في تعريف الحق إلى الاتجاهات الثلاث الآتية :

الاتجاه الأول :

الاتجـاه الموضـوعي : ويمكـن فهـم فكر هذا الاتجاه على أساس أن أصحابه نظروا إلى الحق من حيث موضوعه ، ونلمس ذلك من خلاف تعريفهم للحق بأنه " مصلحة مستحقه شرعا " (١) ، وعرفه بعضهم الآخر بأنه " مصلحة ثابتة للفرد والمجتمع أولهما معا مما يقرره الشرع الحكيم (٢) ، بينما ذهب فريق ثـالث مـن ذوى هـذا الاتجـاه بأن الحق " مصلحة ثابتة للشخص على سبيل الاختصاص والاستئثار يقررها الشارع الحكيم (٣) ، فتعريف الحق – حسب هذا الاتجاه – بنى على أساس أن المصلحة المقررة شرعا هي جوهر الحق وغايته ، وسـواء بعـد ذلك أكانت مصلحة مادية أم أدبية ، وقد انتقد هذا الاتجاه ، بنفس الانتقادات الموجهة إلى ذات الاتجاه في فقه القانون الوضعي من حيث أنه عرف الحـق بأنه " مصلحة " وهي أثر من آثار الحق ذاته ، والشأن في التعاريف أن تنصب على ذات الشيء وليس على آثاره ، كما أن الحق ليس دائما مصلحة فقد يختلط بها الواجب أحيانا ، مثل حق الزوج في تأديب زوجته ، فهو واجب عليه حـتى تسـتقيم الأسـرة ، كما أن كلا من التعريفين الثاني والثالث غير جامعين لأنهما لم يشتملا على حقوق الله تعالى (٤) .

---

(١) الشيخ : على الخفيف – الحق والذمة وتأثير الموت فيها ص ٣٧ ، ط ١٩٤٥ .
(٢) د . محمد يوسف موسى – الفقه الإسلامي – ص ٢١١ ، ط ١٩٦٨ .
(٣) د . عيسوي أحمد عيسوي : نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي- بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية – السنة الخامسة – العدد الأول- ص ٨ .
(٤) د . بلال مهران – المصدر السابق ص ١٠ .

الاتجاه الثاني :

الاتجاه الشخصي : وهذا التعبير منا – فيه نوع من التجاوز حين أسبغنا عليه وصف " الاتجاه الشخصي " وذلك لتقريبه إلى الأذهان فقط ، وإلا فإن هذا الاتجاه يمكن – في ذات الوقت – أن يكون قريبا من الاتجاه المزدوج في تعريف الحق وخاصة عند دابان – كما بيناه في موضعه – ويعرف أصحاب هذا الاتجاه الحق بأنه " اختصاص يقرر به الشرع سلطة أو تكليفا " (١)، وعرفه البعض الآخر من ذوي هذا الاتجاه بأنه " الشيء الذي يختص به صاحبه ويقرره الشرع (٢) .

ويتضح من هذه التعريفات أن عنصري " السلطة والاستئثار " هما جوهري الحق ، والعنصر الشخصي غالب في هذا الاتجاه ، إذ أن الحق يختص به صاحبه " .

ولكن البعض (٣) انتقد هذا الاتجاه في تعريف الحق لأنه لا يشمل الحقوق المشتركة كحد القذف أو القصاص ، فكلاهما فيه حق الله تعالى وحق للعبد .

الاتجاه الثالث :

وهو ما يميل إليه بعض الفقه الإسلامي المعاصر ، حيث يعرف الحق بأنه " ما ثبت في الشرع للإنسان أو لله تعالى على الغير " (٤) .

---

(١) د . مصطفى الزرقا – الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد جـ٢ ص ١٠ ط ١٩٦٥ .

(٢) د . زكريا البرديسي – التصرف الاسقاطي – بحث منشور في مجلة إدارة قضايا الحكومة – السنة ١٢ – ١٩٦٨ العدد الثاني ص ٣٩٢ .

(٣) د . بلال مهران – السابق ص ١١ .

(٤) د . أحمد فهمي أبو سنه – النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية ص ٥٠ ط : ١٩٦٧ .

ويرى بعض الباحثين [١] أن هذا التعريف للحق هو أصح التعريفات لأن الحـــق جاء فيه بمعناه في اللغة ، حيث اتخذ الثبوت أساسا له ، ولذا يكون هناك ارتـــباط بين المعنى اللغوي والمعنى الاصطلاحي ، كما أنه بين خصائص الحق واشتمل على أركانه وأنواعه ، على نحو ما سنبينه تفصيلا بعد قليل ، وإن كان ذلك ليس صحيحا في نظرنا لأن الحق قد يثبت لشخص ذاتيا ودون أن يكون هذا الحـــق في مواجهة الغير كالحقوق الطبيعية التي تثبت للإنسان لكونه أنسانا دون نظـــر لأي اعتـــبار آخـــر ولا يختص بها فرد دون آخر ومثالها حق الفرد في الحيـــاة [٢] وحريته في التفكير والعقيدة التي يعتنقها ، وحقه في التنفس من هواء الطبيعة .

١٣ م- التعريف المختار للحق في رأينا :

بمطالعـــة التعريفات المذكورة للحق في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي نجد أن معظمها - إن لم يكن كلها - محل نقد ، وإن كان معظمها في نفس الوقت قد أصاب جزءا كبيرا من الحقيقة ، وهذا هو شأن التعريفات وخاصة من حيث الصياغة اللغوية .

وعـــلى ضـــوء ما سبق : فنحن نرى أنه بإمكاننا وضع تعريف للحق به يمكن - ما وسعنا الجهد وأدركتنا الطاقة - تفادي معظم الانتقادات الموجهة لكل التعريفات السابقة حيث نرى أن الحق هو " كل ما يثبت شرعا أو قانونا لله تعالى أو للإنســـان مقررا سلطة التصرف في موضوع الحق أو واجبا عليه وحده ، أو عليه وعلى الغير " .

---

(١) انظر : د . بلال مهران - المصدر السابق ص ١١ .

(٢) انظر : د . لاشين الغاياتي - محاضرات في نظرية الحق ص ١٤ - ط : ١٩٨٥ .

فهذا التعريف يشمل حقوق الله الخالصة والواردة في قوله تعالى : ﴿ **لله ملك السموات والأرض** ﴾ (١) كما يشمل حقوق الإنسان الخالصة ، كحق الدية وبدل المتلفات ، ويشمل الحقوق المشتركة كحق القذف والقصاص .

كما أنه يحمل معنى الاختصاص والتسلط على الشيء موضوع الحق من قبل من له الحق ، ويبرز فيه عنصر " الارتباط " أي التقابل بين الحقوق المختلفة لدى أفراد المجتمع بما يستلزم نشوء التزامات متبادلة بينهم حتى يمكن ضمان كل شخص لحقوق الآخرين .

---

(١) سورة الشورى – آية ٤٩ .

الفصل الثاني

أنواع الحقوق وتقسيماتها

****

١٤ - تمهيد وتأصيل :

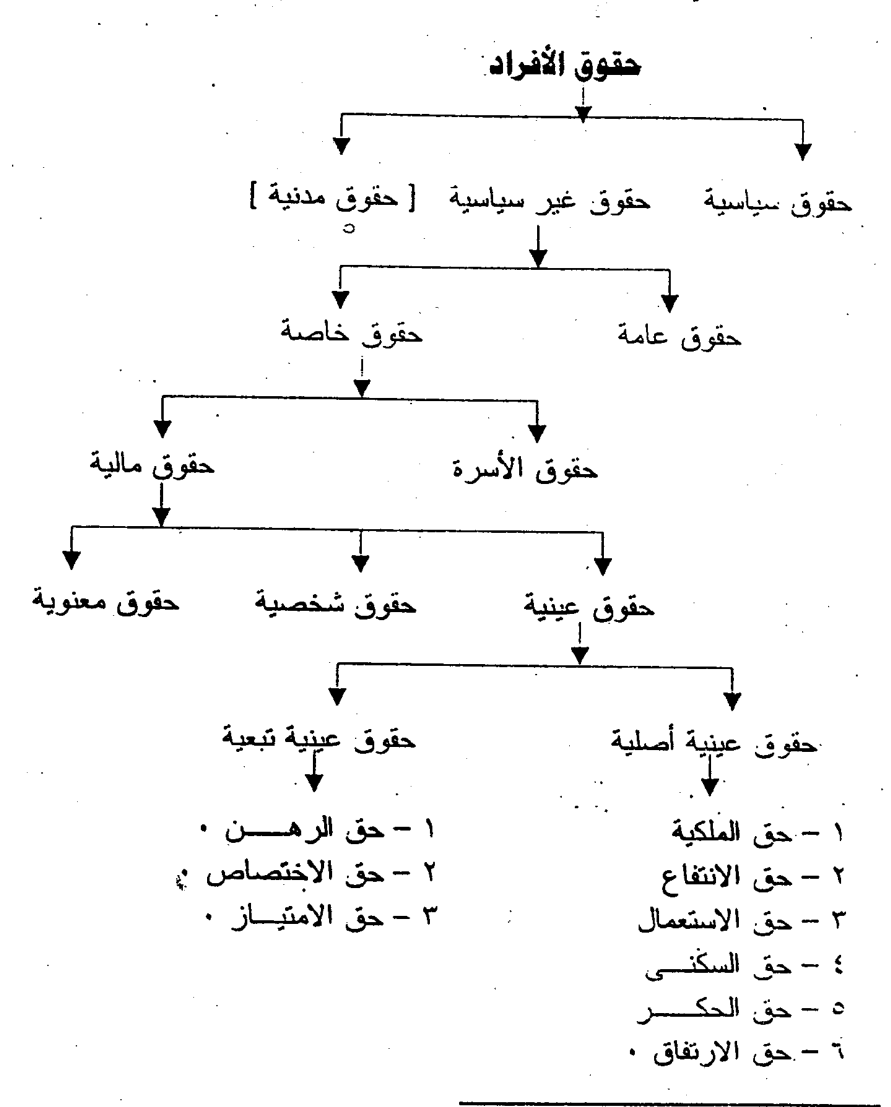
يقسم الفقهاء [١] الحقوق إلى طوائف مختلفة تجمع كل طائفة منها الحقوق المتحدة في الطبيعة والتي تستقل عن غيرها بأحكام متميزة وتختص بخصائص ومميزات معينة ، لأن الحقوق لا يمكن حصرها أو تعدادها استقلالاً إذ أنها تتعدد وتتطور بتطور المجتمعات ومن ثم كان هذا التقسيم مجرد تصنيف لها فقط .

وفي إطار هذا التصنيف تنقسم الحقوق إلى حقوق سياسية وحقوق مدنية -غير سياسية- والحقوق المدنية تنقسم إلى حقوق عامة وحقوق خاصة ، والحقوق الخاصة تنقسم إلى حقوق الأسرة والحقوق المالية ، والحقوق المالية : تنقسم إلى حقوق شخصية وحقوق عينية وحقوق معنوية أو ذهنية ؛ وهذا التقسيم الأخير هو الذي يعنينا في دراستنا لنظرية الحق، ومن ثم فإننا سنتناول التقسيمات السابقة بإيجاز على أن نعرض بعد ذلك للتقسيم الأخير بشيء من التفصيل .

---

(١) انظر في هذا الموضوع : د . سليمان مرقس – السابق ص ٤٣٨ وما بعدها ، د . عبد المنعم البدراوي – السابق ص ٦٩ وما بعدها ، د . جميل الشرقاوي – السابق ص ٢٤٨ وما بعدها ، د . عبد الناصر العطار – السابق ص ٣٦٥ وما بعدها ، د . عبد المنعم الصدة – أصول القانون ط ١٩٧٢ – بيروت ص ٣١٧ وما بعدها ، د . حسن كيرة – السابق ص ٥٧١ وما بعدها ، د . أحمد سلامة – المدخل لدراسة القانون – نظرية الحق ط : دار وهدان للطباعة والنشر ص ٢٢٧ وما بعدها ، د . نعمان جمعة – السابق ص ٣١٩ وما بعدها ، د . حسن كيرة – أصول القانون ط ١٩٦٠ ص ٥٧١ وما بعدها ، د . نزيه المهدي – السابق ص ٣٨ وما بعدها ، د . عبد الودود يحيى – السابق ص ٢٥١ وما بعدها ، د . جمال الدين ذكي – مقدمة الدراسات القانونية ط ١٩٦٩ ص ٢٦٤ وما بعدها ، د . محمد شكري سرور – السابق ص ٣٩ وما بعدها .

وقـبل هذا وذاك نود أن نبين للقارئ تقسيمات الحقوق السابقة من خلال هذا الجدول البياني [١] .



(١) د ٠ عبد الناصر العطار : السابق ص ٣٦٥ ، وانظر : د ٠ عبد الودود يحيى - السابق ص ٢٣٠ ٠

المبحث الأول

الحقوق الغير متقومة بمال " الحقوق غير المالية "

****

١٥ – تعريف وتصنيف :

يقصد بالحقوق غير المتقومة بمال " الحقوق التي يكون محلها قيمة غير قابلة للتقويم النقدي " (١) لأنها تتعلق باعتبارات لا تقوم بمال ، وهذا النوع من الحقوق يشمل الحقوق السياسية ، والحقوق العامة ، وحقوق الأسرة ، بالرغم من الصفة الغير مالية لهذه الطائفة من الحقوق إلا أنها قد ترتبط بحقوق أخرى ذات صفة مالية ، ومثال ذلك حق النفقة الذي يتعلق بحقوق الأسرة فهو حق مالي ناشئ عن حق غير مالي وهكذا ٠

وبعد هذا التعريف يمكننا الإشارة في إيجاز إلى أنواع الحقوق غير المالية على النحو التالي :

١٦ – الحقوق السياسية والحقوق الغير سياسية " الحقوق المدنية " :

الحقوق السياسية Les droits politiq هي الحقوق التي تثبت للشخص بصفته عضوا في جماعة سياسية معينة تخول له المساهمة والمشاركة في حكم الجماعة (٢) وإدارة شئونها السياسية كحق الانتخاب ، وحق الترشيح وحق تولي الوظائف العامة ، وحق الدفاع عن الوطن ، وإن كان بعض هذه الحقوق كحق الانتخاب وحق الدفاع عن الوطن مثلا أقرب في الحقيقة إلى أن يكون واجبا

---

(١) د ٠ نعمان جمعة – السابق ص ٣٢٢ ، وانظر : د ٠ محمد شكري – السابق ص ٤٠ ، د ٠ البدراوي – السابق ص ٢٧ ، الذي يرى أن الحقوق غير المالية هي الحقوق التي لا تتميز بالطابع المالي وهو نفس المعنى المذكور في المتن ٠

(٢) انظر : د ٠ البدراوي – السابق ص ٢٦٩ ، د ٠ جمال زكي – السابق ص ٢٦٥ ، د ٠ نعمان جمعة – السابق ص ٣٢٠ ٠

وطنيا يفرض على المواطن في كثير من الأحيان القيام به وإلا اعتبر عدم القيام به إخلالا يستوجب العقوبة الجنائية [١] .

وتـتميز الحقـوق السياسـية عن غيرها من الحقوق بأن هدفها تمكين أصـحابها مـن الإسهام في إدارة شئون بلدهم ، وأنها لا تمنح إلا للوطنيين من رعايـا الجماعـة السياسية – وإن كان يجوز استثناء وعند الضرورة أن يتولى أجنـبي الوظيفـة العامة ، كما أنه لا يتمتع بها من الوطنيين إلا من تتوافر فيهم شروط معينة كالسن والعلم والثروة كما هو الشرط القانوني في بعض البلاد فيمن يرشح نفسه للنيابة عن الامة أن يكون قد بلغ سنا معينة وأن يكون ملما بالقراءة والكتابة أو يجيدها ، وأن يكون ذو نصاب معين من المال ، وأن يكون دافعا لقدر معين من الضرائب [٢] .... الخ .

أما الحقوق غير السياسية – وتسمى أيضا بالحقوق المدنية Les droits civils فهي كل ما عدا الحقوق السياسية سالفة البيان وهي بهذا التعميم تشمل كل الحقـوق اللازمـة لمباشرة الأفراد لنشاطهم العادي ، ومن ثم فهي تثبت لجميع الأفـراد سـواء كـانوا وطنيين أم أجانب وأهم هذه الحقوق : الحريات العامة ، والحقـوق العامـة وهي الحقوق المقررة للإنسان بصفته أنسانا وتكون ملازمة لطبيعـته الآدميـة [٣] كحق الإنسان في الحياة ، وكحقه في احترام حريته ورأيه وحقـه فـي مزاولة نشاطه المهني وحقه في التملك ، والبيع والشراء وحقه في الزواج وتكوين رابطة أسرية..... الخ .

---

(١) د . جمال زكي – السابق ص ٢٦٩ .

(٢) د . سليمان مرقس – السابق ص ٤٤٥ .

(٣) انظر : د . عبد المنعم البدراوي – السابق ص ٢٦٠ – ٢٧٠ ، د . سليمان مرقس السـابق ص ٤٤٥ ، د. جمال زكي – السابق ص ٢٦٧ ، د . عبد المنعم الصدة – السـابق فقرة ١٤ ، د . إسماعيل غانم – محاضرات في النظرية العامة للحـق ص ١٩ .

وجدير بالذكر أن الحقوق المدنية تنقسم إلى حقوق عامة وحقوق خاصة وهو ما سنتحدث عنه في البند التالي :

١٧ - الحقوق العامة والحقوق الخاصة :

الحقــوق العامــة : Les droits publices هي الحقوق التي تثبت لكل شـخص بوصفه إنسانا ونكفل له حماية عناصر شخصيته في مظاهرها المختلفة حـتى يمكـنه أن يشارك بنشاط في المجتمع وأن يحيا حياة آمنة مطمئنة لائقة ، وسواء بعد ذلك أكانت هذه العناصر مادية كحق الإنسان في الحياة – droit a'la vie. وسـلامة جسـدة Droit a inegrite phgsique أم معنوية كشرفه واعتباره وأسـراره ، أم اجـتماعية كالحريات الفردية وأهمها حرية الفكر وحرية العقيدة وحـرية العمـل ، وحـرية الـتعاقد وحرية النشاط في نواحيه العديدة كالانتقال والإقامــة والاجتماع [١]، كما يدخل في هذا النوع من الحقوق حق الشخص في التسـمي باسـم معين ، وحقه في نسبة أفكاره ومصنفاته إلى نفسه وفي السماح بنشرها أو تعديلها [٢]، " نتاج ذهن الشخص " .

وتـتميز هـذه الحقوق بأنها سلطات مقررة لكل شخص لتكفل له التمتع بحريـته ونشـاطه المشروعين في حدود ما يلزم لغيره من الأشخاص لمباشرة نشـاطهم وحرياتهم ، كما تتميز هذه الطائفة من الحقوق بأن موضوعها منحصر فـي مباشرة الشخص حريته في مختلف صورها ويتساوى فيه جميع الأشخاص

---

(١) انظـر : د . جمال الدين زكي – السابق ص ٢٦٦، د . محمد شكري – السابـق ص ٤١ ، د . منصـور مصطفى منصور – السابق ص ٢٢ ، د . حسن كيرة – السابق ص ٥٧٢ .

(٢) د . سليمان مرقس – السابق ص ٤٤٥ .

دون تمييز بينهم ، وكثيرا ما **يطلق الفقه** [١] **على هذا النوع من الحقوق اصطلاح** الحقوق الطبيعية أو " حقوق الإنسان " أو الرخص العامة وهي اصطلاحات غير دقيقة لأن هذه الاصطلاحات وإن اقترب مضمونها إلى حد كبير من اصطلاح " الحقوق العامة " ألا أنهما لا يتفقان تماما ، فبعض الحقوق المالية كحق الملكية لا تدخل ضمن الحقوق العامة ، وتعتبر مع ذلك حقا طبيعيا أو رخصة عامة للإنسان ، وعلى العكس بعض الحقوق العامة كالحق في الصورة التي يخول لكل فرد أن يمنع عرض أو نشر صورته لا تدخل ضمن " حقوق الإنسان " [٢] .

وخلاصة القول في ذلك كما يرى البعض [٣] أنه يجب التمييز بدقة بين الجنس واحد إفراده ، **فالحقوق العامة** " جنس يندرج تحته كل أفراده ألا وهي الصورة التي أخذت المسميات السابقة ما دامت تهدف جميعها إلى حماية الشخصية الإنسانية في مظاهرها المختلفة .

أما الحقوق الخاصة : Les droite prives – فهي تلك التي تقررها فروع القانون الخاص ، وبخاصة القانون المدني الخاص كحق الملكية وحق الارتفاق ، وحق الزوج قبل زوجته ، وحق الأب قبل أولاده ... الخ .

وتجدر الإشارة إلى أن الحقوق الخاصة تتنوع إلي حقوق الأسرة ، والحقوق المالية ، وهو ما سنتحدث عنه في البند الآتي :

---

(١) د . سليمان مرقس – السابق ص ٤٤٦ ، د . عبد المنعم الصدة – السابق فقرة ١٥، د . توفيق فرج – السابق ٤٧٢ – ٤٧٣ .

(٢) انظر : د . جمال الدين زكي – المرجع السابق هامش ٤ ص ٢٦٧ .

(٣) د . محمد شكري – السابق ص ٤١ .

١٨ - حقوق الأسرة والحقوق المالية :

حقــوق الأســرة : Droits de famills أو الحقوق العائلية هي سلطات يثبتها القانون للشخص بحكم كونه عنصراً في الأسرة أو العائلة لمباشرة نشاطه كعضــو فــي الأسرة [١] ، والأسرة هي مجموعة من الأشخاص تربطهم قرابة النســب ، " قرابة الدم أو قرابة المصاهرة ، قرابة الزواج " ، ومن أمثلة حقوق الأسرة حق الزوج على زوجته في الطاعة ، وحق الوالد على ولده في التأديب ، وحــق الأولاد في رعاية والديهم وإنفاق الأب عليهم ، وحق الأقارب في ميراث أقــاربهم ، وحقهــم في الحصول على نفقة من غنيهم إذا كانوا في حاجة إليها ، وتتميز حقوق الأسرة بأنها من الحقوق التي لا تقوم - غالبا - بمال ومن ثم فهى تخرج عن دائرة التعامل ، ولا يجوز التنازل عنها أو التصرف فيها ، كما أنها لا تقبل الانتقال إلى الورثة ، وذلك لأنها ممنوحة لأصحابها لتحقيق مصلحة الأسرة بوجــه عام أو مصلحة الطرف الآخر الذي يخضع لسلطة صاحب الحق كسلطة الأب على أبناءه وحقه في تأديبهم [٢] .

وحقوق الأسرة تنظمها معظم الشرائع الوضعية في إطار القانون المدني كمــا هــو الشــأن في فرنسا ، أما في مصر فإن حقوق الأسرة ينظمها أو ينظم الجانب الأغلب منها قانون الأحوال الشخصية للمسلمين ، وبالنسبة لغير المسلمين تنظم حقوق الأسرة:أحكام شرائعهم الدينية .

---

(١) د . سليمان مرقس - السابق - الموضع السابق .

(٢) انظــر فــي ذلك : د . عبد الناصر العطار - السابق ص ٣٧٠ ، د . البدراوي - الســابق ص ٢٧١ ، د . جمــال زكي - السابق ص ٢٦٨ ، د . سليمان مرقس - السابق ص ٢٤٧ ، د . محمد شكري - السابق ص ٤٣ .

أما الحقوق المالية - وهي أحد فرعي الحقوق الخاصة- **فهي أهم أنواع** الحقوق ، وهي مناط دراستنا الرئيسي في نظرية الحق في القانون المدني ، ومن ثم سنفصل البحث فيها من خلال المبحث الآتي .

المبحث الثاني
الحقـــوق الماليـــــــة
Droite pecumiaires

****

١٩ - التعريف بالحقوق المالية :

الحقـــوق المالية هي الحقوق التي يكون محلها قابلا للتقويم بالنقود [١] ، وسميت بالحقوق المالية لأنها تنتج - غالبا - عن المعاملات المالية بين الأفراد ، أي أن موضـــوع الحـــق فيها يقوم بالمال ، فاستحقت لذلك أن يطلق عليها أيضا " حقـــوق الذمـــة " لأنها تشكل الجانب الإيجابي من الذمة المالية للشخص ، أي الجانب الذي يضمن ما على الشخص من ديون ٠

وتتميز هذه الحقوق بأنها تعتبر أموالا وتحسب في ثروة الإنسان ، ومن ثـــم يجـــوز التعامل فيها والحجز عليها والانتقال إلى الورثة كقاعدة عامة [٢] ، ومثالها حق الملكية ، وحق الدائنية ، وحق المؤلف ٠

٢٠ - أنواع الحقوق المالية :

الحقوق المالية تشمل ثلاثة أنواع من الحقوق : حقوق عينية كحق الملكية

---

(١) د ٠ توفيـــق فرج - السابق ص ٤٨٦ ، وانظر : د ٠ سليمان مرقس - السابـــق ص ٤٤٧ ، د ٠ البدراوي - الســابق ص ٢٧٦ ، د ٠ حسن كيرة - السابق ص ٥٧٦ ، د ٠ منصـــور مصـــطفى منصور - السابق ص ٢٧ ، د ٠ جمال زكي - الســـابق ص ٢٦٨ ، د ٠ نعمـــان جمعة - السابق ص ٣٢١ ، د ٠ نزيه المهدي - الســـابق ص ٤١ ، د ٠ محمد شكري - السابق ص ٤٤ ، د ٠ عبد الودود يحيى - السابق ص ٢٠٩ ٠

(٢) انظر : د ٠ سليمان مرقس - السابق ، د ٠ جمال زكي - السابـــــق ص ٢٦٨ ، د ٠ نعمان جمعة - السابق ص ٣٢١ ٠

وحق الرهن ، وحقوق شخصية كحقوق الدائنية ، وحق المستأجر ، وحق العامل، وحقوق ذهنية كحق المؤلف والمخترع والفنان .

وسنعالج أهم أحكام الحقوق المالية تفصيلا في المطالب الآتية :

المطلب الأول
الحقـوق العينيـــة
Droits Réele

****

٣١ – تعريف وتأصيل :

إذا كـان جمهور الفقه القانوني المصري [١] قد جرى على تعريف الحق العيـني بأنه سلطة مباشرة لشخص على شيء مادي معين يستطيع بمقتضاه أن يقـوم بأعمال معينة تحقق له منفعة متعلقة بهذا الشيء كحق الملكية وحق الرهن الحيازي .

ألا أننـا نـرى أن هـذا التعريف المشهور تعوزه الدقة حين أسبغ على السـلطة وصـف " المباشـرة " تأسيسا على أن صاحب الحق حين يمارس هذه السـلطة لا يكون بحاجة إلى تدخل شخص آخر وحتى يمكن التمييز بين الحقوق العيـنية والحقـوق الشخصية التي يكون الاستئثار فيها غير مباشر ، بيد أنه في بعـض الأحيـان نجد أن هذه السلطة " المباشرة " بالنسبة لبعض الحقوق العينية غيـر مـتوافرة ، ومثال ذلك حق الارتفاق " السلبي " بعدم التعلي مثلا ، فهنا لا يكـون لصـاحب العقـار المخدوم أية سلطة مباشرة على العقار الخادم ، حيث

---

(١) انظر : د . سليمان مرقس – السابق ص ٤٤٨ ، د . عبد الناصر العطار – السابق ص ٣٧٢ ، د . نـزيه المهدي – السابق ص ٤٢ ، د . نعمان جمعه – السابق ص ٣٣٧ ، د . عبد الودود يحيى – السابق ص ٢٠٩ ، د . جمال زكي – السابق ص ٢٧٠ ، د . لاشين الغاياتي – نظرية الحق ط ١٩٨٤ ص ٢٧ .

ينحصر مضمون حقه في التزام صاحب العقار الخادم بعدم التعلية ، ومعنى ذلك أنه يستوفى حقه عن طريق تدخل هذا الأخير [١] .

ولذلك فنحن نرى أن التعريف الأمثل للحق العيني أنه " سلطة " لشخص على شيء مادي معين بالذات تخول له الاستئثار به لتحقيق مصلحة مشروعة [٢] .

٣٢ - أنواع الحقوق العينية :

تتنوع الحقوق العينية إلى حقوق عينية أصلية ، وحقوق عينية تبعية وسنعالج كل حق منهما في فرع مستقل :

الفرع الأول
الحقوق العينية الأصلية

****

٣٣ - تعريف الحق العينية الأصلية :

الحقوق العينية الأصلية : هي حقوق تخول صاحبها سلطة على الشيء تمكنه من استعماله واستغلاله والتصرف فيه [٣] ، وقد يكون لصاحب الحق كل هذه السلطات أو بعضها بحسب اختلاف مضمون هذا الحق ، وسميت بالحقوق العينية الأصلية لأنها تنشأ مستقلة عن غيرها ، ولا تستند إلى حق آخر .

---

(١) د . أحمد سلامة - السابق ص ٢٣٦ ، د . عبد الحي حجازي - مذكرات في نظرية الحق ط ١٠٥٦ ص ٩٣ .

(٢) قرب من ذلك : د . عبد الناصر العطار - السابق ص٢٧٣ ، د . جمال الدين زكي السابق ص ٢٧٠ ، د . أحمد سلامة - السابق ص ٢٣٦ .

(٣) د . توفيق فرج - السابق ص ٤٨٨ ، د . البدراوي - السابق ص ٣٠٢ .

٣٤ – أنواع الحقوق العينية الأصلية :

الحقــوق العيــنية الأصلية تشمل أولا **حق الملكية** ، وما يتفرع عنه من حقــوق وهــي حقوق الانتفاع والاستعمال والسكنى ، وتشمل ثانيا **حق الحكر** ، وتشمل ثالثا **حق الارتفاق** وسنعالج هذه الحقوق تباعا فيما يلي :

٣٥ – أولا : حق الملكية ومكناته :

هــو أقوى الحقوق العينية الأصلية وأهمها ، إذ أن بقية الحقوق متفرعة عنه ، ومن ثم كان أوسعها نطاقا ، ويعرفه الفقه بأنه : الحق الذي يخول صاحبه على الشيء محل الحق سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف (١) ، وفي ذلك تنص المادة ٨٠٢ من التقنين المدني المصري على أنه " لمالك الشيء وحده في حدود القانون حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه " .

ويتبين مما سبق أن حق الملكية يمنح صاحبه سلطات ثلاثة تستغرق كل نشــاط متصــور لــه على الشيء وهذه السلطات هي الاستعمال والاستغلال ، والتصرف . وسنبين المقصود بكل من هذه المكنات الثلاثة فيما يلي :

(أ) الاستعمال : Usus , ussage

ومعــناه : القيام بالأعمال اللازمة لاستخلاص ما يمكن أن يؤديه الشيء مــن خدمات فيما عدا الثمار وبشرط عدم المساس بجوهره ، كأن يسكن الإنسان منزله أو يركب مركبته (٢) ، وعلة استثناء الثمار أنه باستثنائها يفترق الاستعمال

---

(١) انظر : د . نزيه المهدي – السابق ص ٤٣، د . لاشين الغياتي– السابق ص ٢٨ ، د . محمد شكري – السابق ص ٥٠ .

(٢) انظر : د . أحمد سلامة – السابق ص ٢٣٧ ، وهامش (١) بذات الصحيفــة ، د . عبد الودود يحيى – السابق ص ٢١١ .

عن الاستغلال لأن الأخير يعني الاستعمال عن طريق جنى الثمار " أما علة عدم المســـاس بجوهر الشيء فهي ما يفرق الاستعمال عن التصرف لأن الجوهر إذا مس كان ذلك تصرفا ، على أن يلاحظ أن هناك بعض الأشياء لا يمكن استعمالها إلا بالمســـاس بجوهرها كما هو الحال بالنسبة للنقود والطعام وهو ما يطلق عليه الأشياء التي تهلك بمجرد استعمالها ، وإن كان من الممكن تصور الاستعمال هنا أيضـــا بـــدون التصـــرف كـــأن تعطي النقود لشخص ليعرضها في فترينة مثلا " كالعملات الذهبية النادرة " .

(ب) **الاستغلال Frustus, Jouissance ومعناه :**

هـــو : القيام بالأعمال اللازمة للحصول على ما يتولد أو ينتج من ثمار الشـــيء ، والثمار هو ما يتولد عن الشيء دوريا من فوائد أو منافع دورية دون المساس بجوهره [١] ، والثمار تتنوع إلى ثلاثة أنواع :

الأول – ثمار طبيعية : وهـــي الـــتي تنتج وتتولد عن الشيء بفعل الطبيعة مثل كلا المراعي ونتاج الحيوانات وثمار الحدائق .

الثاني – ثمار مستحدثة : وهـــي التي تنتج وتتولد عن فعل الإنسان كالمحصولات الزراعية .

الثالث – ثمار قانونية أو مدنية : وهي التي تنتج عن ريع الشيء ومـــا يغلـــه مـــن دخـــل نقدي في مقابل الانتفاع كأجرة المنازل ، وفوائد النقود المقروضة، وأرباح الأسهم وأجرة الأراضي الزراعية [٢] .

---

(١) د . توفيق فرج – السابق ص ٤٨٩ ، د . أحمد سلامه – السابـــــق ص ٢٣٨ ، د . نزيه المهدي – السابق ص ٤٤ .

(٢) د . أحمد سلامة – السابق ص ٢٣٨ ، د . عبد الودود يحيى – السابق ص ٢١٨ .

(جـ) التصرف : abusus , dispasition :

ومعــناه : حــق الشــخص في استخدام الشيء استخداما يستنفذه كلا أو بعضــا [١] ، وينقسم التصرف إلى نوعين :

- تصــرف مادي وتصرف قانوني. ، والتصرف المادي هو : القضاء عــلى مــادة الشيء عن طريق استهلاكه أو تغيير شكله أو إتلافه ، وبالتصــرف المــادي يكون للمالك حق تغيير صورة الشيء أو أن يضيف إلى مادته أو ينقص منها كشق طريق في أرض زراعية أو إقامــة مبــنى عليها ، أو هدم بناء قائم ، أو تحويل الدقيق إلى خبز .... الخ ، أما التصرف القانوني – فيقصد به نقل سلطات المالك كــلها أو بعضــها إلى الغير سواء أكان ذلك بمقابل كالبيع أم بدون مقابل كالهبة ، فالمالك – فيه – يتخلى عن ملكيته أو أحد عناصرها لشخص آخر .

هــذه هــي المكنات التي يعطيها حق الملكية ، فهو أوسع أنواع الحقوق نظاما ، مع مراعاة أن أهم هذه المكنات والتي تعتبر في حقيقة الأمر معيار حق المــلكية هــي سلطة التصرف [٢] التي لا تثبت إلا للمالك فقط ، أما الاستعمال والاســتغلال فيجــوز ثــبوتها لغير المالك ومن ثم تتجزأ الملكية كما سنرى بعد قليــل .

٣٥ م – خصائص حق الملكية :

يختص حق الملكية بالخصائص الآتية :

أ – حــق الملكيــــة : حق جامع Total لأنه يخول صاحبـــه كل

---

(١) انظر : د . توفيق فرج – السابق ص ٤٩٠ – د . نزيه المهدي – السابق ص ٤٤

(٢) انظر : د . نزيه المهدي – السابق ص ٤٥ .

السلطات التي يمكن تصورها على الشيء وهي سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف .

ب - **حق الملكية** : " حق مانع" بمعنى أنه مقصور على صاحبه[١]، أي أن المالك يمكنه الاستئثار بجميع مزايا ملكه ، فيمنع غيره من مشاركته في هذه المزايا حتى ولو لم يلحقه من هذه المشاركة أي ضرر [٢] وهاتين الخصيصتين عبرت عنهما المادة ٨٠٢ مدني بقولها " لمالك الشيء وحده في حدود القانون حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه " .

جـ- **حق الملكية** : حق دائم Droit pérpé بمعنى أن هذا الحق يبقى لصاحبه ما بقى محله ما لم ينتقل إلى غيره فليس له مدة محددة ينقضي بانقضائها ، وبمعنى أنه لا يسقط بعدم استعماله مهما طال الزمن على خلاف جميع الحقوق الأخرى شخصية وعينية [٣] ، فإذا لم يباشر المالك سلطاته على الشيء المملوك له فإن ذلك لا يؤدي بمجردة إلى فقدان حقه مهما طال الأمد على عدم مباشرته لهذه السلطات ، ولا يستطيع أحد أن يتخذ من قعود المالك عن مزاولة حقه سببا لزوال الحق عنه .

د - **حق الملكية حق مطلق** Droit absalu بمعنى أن للمالك حريته المطلقة في الانتفاع بما يملك على نحو ما يريد في مواجهة الكافة ، وهذه الخصيصة محل نقد من بعض الفقه[٤] ، باعتبار أنها أثر من آثار تعاليم المذهب الفردي فقدت هيبتها في العصر الحاضر بعد انتشار المذاهب الاشتراكية التي

---

(١) د . جمال زكي – السابق ص ٢٧٤ .
(٢) د . الصدة – السابق فقرة ١٢ .
(٣) د . جمال زكي – السابق ص ٢٧٥ .
(٤) انظر : د . محمد شكري – السابق ص ٥٣ .

حـــدت كثيرا من حرية المالك وأعطت للملكية وظيفـــــة اجتماعيـــــة لابد من القيام بها .

٣٧ - ثانيا : الحقوق المتفرعة عن حق الملكية " حق الانتفاع والاستعمال والسكنى :

يتفرع عن حق الملكية بعض الحقوق العينية الأصلية الأخرى ، وتتميز هـــذه الحقوق بأنها تعطي لصاحبها بعض سلطات " الملكية التامة " دون البعض الآخـــر ، فيبقى للمالك " حق التصرف " وتتوزع سلطتي الاستعمال والاستغلال لأشـــخاص آخرين يكون لهم بمقتضاها حقوق عينية على الشيء ، وهذه الحقوق المـــتفرعة عن حق الملكية هي : حق الانتفاع ، وحق الاستعمال ، وحق السكنى وهذا ما سنتناوله تفصيلا فيما يلي :

(أ) – حق الانتفاع : Droit d'usufruit :

هـــو : حـــق عيني أصلي متفرع عن حق الملكية يخول صاحبه سلطتي اســـتعمال الشيء واستغلاله فيما أعد له دون التصرف فيه [١] ، فسلطة التصرف فـــي حق الانتفاع تبقى للمالك ويسمى في هذه الحالة " مالك الرقبة " ومثال حق الانتفاع : إذا كان الشيء أرضا زراعية : زرعها وإن كان سيارة معينة : ركبها الركوب المعتاد ، كما يجوز له أن ينزل عن استعمالها إلى غيره في مقابل أجر فيســـتغلها باســـتثمارها وأخـــذ ريعهـــا ، وإن كان منزلا سكنه ، أو أجره للغير لحصول على أجرته .

---

(١) انظـــر في ذلك : د . توفيق فرج – السابق ص ٤٩١ ، د . أحمد سلامة – السابق ص ٢٣٨ ، د . عـــبد الـــودود يـــحيى – السابق ص ٢١٢ ، د . محمد شكري – السابق ص ٥٦ ، د . لاشين الغاياتي – السابق ص ٣٢ .

ويكتسب حق الانتفاع عن طريق العقد ، كما يجوز أن يكتسب بطريق الشفعة أو التقادم أو الوصية [١]، وفي بعض الشرائع عن طريق الميراث أيضا .

ويتميز حق الانتفاع بأنه حق مؤقت بطبيعته. ، أي أنه محقق الزوال حتما ويزول بانقضاء المدة المحددة له ، أو بترك المنتفع حقه ، أو موت المنتفع ، أو عدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة ، أو هلاك الشيء الوارد عليه الحق [٢] - كما يلاحظ أن حق الانتفاع حق عيني أصلي يختلف عن حق المستأجر في الانتفاع بالعين المؤجرة ، إذ يبقى حق المستأجر حقا شخصيا يخضع لأحكام الحق الشخصي لأن محله عمل يقوم به المؤجر وهو تمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة .

(ب) حق الاستعمال : droit d'usage :

حق الاستعمال : هو حق عيني أصلي يخول صاحبه استعمال الشيء المملوك للغير فيما أعد له لتحقيق مصلحة مشروعة [٣] فحق الاستعمال أضيق نطاقا من حق الانتفاع لأنه يشمل أحد عنصريه فقط : الاستعمال الشخصي دون الاستغلال ، فليس لصاحب حق الاستعمال أن يستغل الشيء محل الحق إلا في حدود ما يحتاج إليه هو وأسرته الخاصة : في نطاقها الضيق " فمن تقرر له استعمال دابة كان له الحق في أن يستعملها لخدمته في الركوب أو الجر أو الحمل ، ولكن ليس له أن يتملك نتاجها وسائر ثمارها ، كصوفها ولبنها ، ما لم يتفق على خلاف ذلك، وإذا كان لشخص حق استعمال حديقة فليس له من ثمارها

---

(١) انظر المادة : ١٨٥ مدني مصري .

(٢) انظر المواد : ١٨٥ -١٩٥ مدني مصري .

(٣) قرب من ذلك : عبد الناصر العطار - السابق ص ٣٧٤ ، وانظر : د . محمد شكري - السابق ص ٥٧ .

إلا قدر احتياجه الشخصي هو وأسرته ، وليس أن يبيع أو يهب من هذه الثمار شيئا للغير .

(جـ) حق السكنى : Droit d'hahitation :

حق السكنى هو نفس حق الاستعمال مطبقا على المنازل [١] ، فهو أضيق نطاقا من حق الاستعمال لأنه لا يخول صاحبه ألا نوعا من الاستعمال هو السكنى فقط [٢] ، فلا يستطيع صاحب حق السكنى أن يستعمل العين التي يرد عليها الحق في غير غرض السكنى ، فليس له أن يفتح فيه متجرا أو ورشة ميكانيكية مثلا كما أنه لا يستطيع أن يستغل هذا المنزل بتأجيره إلى الغير ، وأوضح مثال لحق السكنى أن يوصى شخص إلى أخر بسكنى دار مكونة من عدة أدوار ، لم يكن له أن يسكن منها إلا القدر الكافي لسكناه هو وأسرته ما لم تقرر الوصية خلاف ذلك .

ويكتسب كل من حقي الاستعمال والسكنى وينقضيا بذات الطرق التي يكسب أو ينقضي بها حق الانتفاع ، أي أنهما حقان مؤقتان ، وينقضيان بموت صاحبيهما أو بانتهاء مدتهما ، أو بترك الاستعمال والسكنى والتنازل عنهما لمالك الرقبة أو بعدم الاستعمال ١٥ سنة ، أو بهلاك محلهما ، وبانقضائها ترتد مزيتها إلى المالك فتصبح ملكيته كاملة .

بيد أن هذان الحقان يوصفان غالبا بأنهما شخصيان ولكن لا يقصد بهذا أنهما ليسا من الحقوق العينية ، إذ أن كليهما حق عيني لا ريب في ذلك ، ومن ثم فالمقصود بهذا الوصف " حق شخصي " أنه حق مقصور استعماله على

---

(١) د . عبد المنعم البدراوي – السابق ص ٣٠٩ .

(٤) د . توفيق فرج – السابق ص ٤٩٢ ، د . عبد الودود يحيى – السابق ص ٢١٣ .

شخص المقرر لـــه ، ولهذا لا يجوز النزول عنه للغير ولا يجوز أيضا للدائنين الحجز عليه [١] .

٣٨ – ثالثا : حق الحكر :

حـــق الحكـــر : حق عيني أصلي يخول صاحبه " المحتكر " الانتفاع – بـــأرض موقوفـــة بالبناء عليها أو الغراس فيها أو لأي عرض آخر لمدة لا تزيد على ستين سنة مقابل أجرة الحقل .

ويتـــبين مـــن هـــذا التعريف أن حق الحكر لا يتقرر إلا على الأراضي الموقوفة طبقا لأحكام القانون المدني المصري ، ومع ذلك فإنه يظل مستمرا على مـــا كان مرتبا من قبل ، وقائما وقت العمل بالقانون المدني المصري الخالي من أحكام في أرض غير موقوفة [٢] .

وقـــد اشـــترط لجوازه أن يكون لضرورة أو مصلحة معينة ، كأن تكون الأرض خـــربة تحتاج إلى التعمير والإصلاح ولا يكمن بيعها ، فيكون التحكير وســـيلة إلى تحقيق المصلحة [٣] كما يشترط أن تأذن به المحكمة الابتدائية الواقع في دائرتها الأرض المطلوب تحكيرها كلها أو أكثرها قيمة ، وأن يصدر به عقد على يد رئيس المحكمة أو من يحيله عليه من القضاء أو الموثقين ، وأن يجري شهره وفقا لأحكام قانون الشهر العقاري لأنه منشئ لحق عيني عقاري .

وإذا أقام المحتكر بناء أو غراسا على الأرض المحكرة فإن هذا البناء أو الغراس يكون ملكا له وإن كانت ملكية مؤقتة لأن مآلها أن تنتهي بانتهاء الحكر .

---

(١) د . عـــبد المنعم البدراوي – السابق ص ٣٠٩ ، د . سليمان مرقس – السابـــق ص ٤٧٠ .

(٢) د . توفيـــق فـــرج – السابق ص ٤٩٣ هامش (١) ، وانظر : د . البدراوي – السابق ص ٣١٠ ، وانظر المادة : ١٠١٢ مدني مصري .

(٣) انظر : د . محمد شكري – السابق ص ٥٨ .

كما يشترط أن لا تزيد مدة الانتفاع بالحكر عن ستين سنة ، فإذا عينت مدة أطول أو أغفل تعيين المدة أعتبر الحكر معقودا لمدة ستين سنة (م ٩٩٩) وعلى المحتكر أن يؤدي الأجرة المتفق عليها إلى المحكر ويشترط ألا تقل في جميع الأحوال عن أجرة المثل (المادتان ١٠٠٣ ، ١٠٠٤ مدني مصري) .

ويستبين مما سبق أن حق الحكر نظام مستمد من فقه الشريعة الإسلامية، وحق الحكر – كما سبقت الإشارة – حتى عيني ، يتميز بأنه حق مؤقت ينتهي بانقضاء المدة المحددة له ، أو زوال صفة الوقف عن الأرض المحتكرة ، أو فسخ العقد أو عدم الاستعمال لمدة ١٥ سنة . ولكنه على خلاف حق الانتفاع وحقي الاستعمال والسكنى لا ينقضي بموت المحتكر إذا كان موته قبل حلول الأجل وبعد بنائه أو غراسه ، فإذا كان الموت قبل البناء أو الغراس فالأصل أن ينقضي حق المحتكر إلا إذا طلب جميع الورثة بقاءه [1] .

ويراعي أخيرا – أن حق الحكر قد ضاق نطاقه كثيرا بعد صدور المرسوم بقانون ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ بإلغاء الوقف على غير الخيرات ، بل أن القانون أجاز لوزير الأوقاف أنها الاحكار المقررة على الأعيان الموقوفة على الخيرات [2] .

٥٩ – رابعا : حق الارتفاق Droit de servitudé :

حق الارتفاق : هو حق يحد من منفعة عقار لفائدة عقار غيره يملكه شخص آخر [3] .

---

(١) انظر : د . محمد شكري – السابق ص ٥٦ .

(٢) انظر : د . البدراوي ص ٣١٠ .

(٣) المادة : ١٠١٥ مدني مصري .

ومـــثاله أن يوجـــد عقـــار في حالة انحباس عن الطريق العام ، فيكون لصـــاحب هـــذا العقار أن يمر في العقار المجاور للوصول إلى الطريق العام ، ويسمى حق المرور هنا بحق الارتفاق ، ويسمى العقار الأول بالعقار المخدوم ، والعقار الثاني بالعقار الخادم (١) .

ومن هذا يتبين أنه يشترط لقيام حق الارتفاق :

أ - أن يوجـــد عقاران يتقرر التكليف على أحدهما للآخر ، وسواء بعد ذلك أكان العقار أرضا كما هو الحال بالنسبة لحق المجري أو المرور أو بناء ، كحق المطل .

ب - أن يكـــون العقـــاران مملوكين لشخصين مختلفين ، والعقار الذي يـــتقرر لصـــالحه الارتفـــاق يسمى بالعقار المخدوم ، أما العقار الذي يقع عليه التكليف فيسمى بالعقار الخادم (٢) .

فالارتفـــاق بالمرور مثلا تكليف بمقتضاه يكون لصاحب العقار المخدوم حق المرور عبر العقار الخادم .... وهكذا .

جـــ- أن يكـــون التكـــليف عـــلى العقار لا على شخص المالك ، لأن الارتفاق عبء ولا يجوز أن يقع عبء على مالكه ، وإلا كنا بصدد حق أو التزام شخصي إذا كان محل الحق عملا يؤديه الشخص .

د - يجب أن تكون المنفعة مقررة لخدمة العقار لحسن استعماله لا لخدمة

---

(١) انظر : د . نزيه المهدي - السابق ص ٤٨ - د . عبد الودود يحيى - السابـــق ص ٢١٤ .

(٢) انظر د . توفيق فرج - السابق ص ٤٩٤ ، د . البدراوي السابق ص ٣١١ .

مالكــه كحق المجري والري والصرف ، فهي كلها حقوق مقررة لخدمة وحسن اســتعمال واستخدام البناء أو الغرس ، أما لو كانت الخدمة لشخص لم نكن إزاء حق ارتفاق كما هو الشأن في حق التنزه في حديقة الغير [١] .

وحقــوق الارتفــاق تكتسب عن طريق العقد والوصية والتقادم أو تثبت بنص القانون ، وتنقضي بانقضاء الأجل المحدد لها ، وبهلاك العقار المرتفق به أو العقار المرتفق هلاكا كليا ، وباجتماع العقارين في يد مالك واحد " م ١٠١٦" وبعدم استعمالها مدة ١٥ سنة أو ٣٣ سنة إذا كان الارتفاق مقررا لمصلحة عين موقوفــه [٢] وبــتغيير الأشياء بحيث تصبح في حالة لا يمكن فيها استعمال هذا الحق " م ١٠٢٨ " .

الفرع الثاني
الحقوق العينية التبعية

****

٣٠ – تمهيد :

الحق العيني التبعي هو : حق مقرر على شيء لضمان الوفاء بالتزام[١] مــا ، فهذا النوع من الحقوق لا ينشأ مستقلا عن غيره بل يستند في وجوده إلى حق آخر ، وسميت حقوقا عينية لأنها تمنح صاحبها سلطة على شيء مادي معين بذاته ، ووصفت " بالتبعية " لأنها كما سبق القول. لا تنشأ مستقلة بل تكون تابعة لحــق شخصــي تضمن الوفاء به بحيث إذا انقضى هذا الحق الشخصي انقضى الحق العيني التبعي تبعا له .

---

(١) انظر : د . البدراوي – السابق ص ٣١١ ، د . نزيه المهدي – السابق ص ٤٨ .
(٢) د . سليمان مرقس – السابق ص ٤٧٢ .

وهـدف الحقـوق العيـنية التبعية – أو وظيفتها : ضمان حق الدائنين، وبمقتضـاها لا يقتصـر ضمان حق هؤلاء على الضمان العام الذي يشترك فيه جميع الدائنين ، بل يكون لهم ضمان خاص أو تأمين خاص على شيء معين ألا وهو الحقوق العينية التبعية أو التأمينات العينية كما يسميها البعض .

وبيان ذلك – بشيء من التفصيل -- أن القانون يقضي بأن أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه ، وهذا ما يسمى بحق الضمان العام ، أي أن الحق الشخصي للدائن في مواجهة مدينه لا يتعلق بمال معين من أموال المدين ، ومن ثـم كـان حـق الضـمان الذي يكون للدائن على أموال مدينه هو حق عام من ناحيتيـن :

أولهمـا : أن هذا الحق ينصب على جميع أموال المدين الموجودة لديه وقـت التنفيذ فقط ولا يشمل ما قد يتصرف فيه المدين من أموال قبل ذلك ؛ لأن مجرد المديونية لا تغل بيد المدين عن التصرف في أمواله .

ثانيهمـا : أن كـل الدائـنين يستطيعون القيام باتخاذ إجراءات التنفيذ لاسـتيفاء ما لهم من ديون قبل المدين ، وهم في هذا الصدد على قدم المساواة ، بصـرف النظر عن تاريخ نشوء حق كل منهم ، وإذا ما تعددوا على هذا النحو كان لهم الاشتراك في قسمة أموال المدين قسمة غرماء بنسبة دين كل منهم حينما لا تكون كافية للوفاء بما عليه من ديون .

ويتـبين ممـا سبق أن الضمان العام العادي للدائن من شأنه أن يعرض الدائن في استيفاء حقه لخطوين :

أولهمـا : أن المديـن قد يتصرف في أمواله قبل ميعاد سداد الدين ولا يتبقى لديه من الأموال ما يمكن أن يستوفى منها الدائن حقه .

ثانيهمـــا : أن المساواة بين الدائنين قد تؤدي إلى الأضرار بالدائن حينما يـتعرض لمـزاحمة سائر الدائنين ولا يضمن استيفاء حقه كاملا إذا كان المدين معسرا ؛ أي لا تكفي أمواله لسداد جميع حقوق الدائنين ٠

ولتلافـي هذه الأخطار هيأ القانون للدائن عدة وسائل تضمن له الأولوية فـي استيفاء حقه كاملا ، وأهم هذه الوسائل الحقوق العينية التبعية ، ومؤداها أنه إذا حصل الدائن على حق عيني تبعي يكون لــه اقتضاء حقه منه قبل غيره من الدائـنين ، وهذا هو حق التقدم أو الأولوية أو الأفضلية ، كما أن الدائن صاحب الحق العيني يستطيع أن يتتبع المال المحمل بالحق العيني التبعي إذا تصرف فيه المدين إلى الغير ، وفي أي يد يكون ويقوم بالتنفيذ عليه واستيفاء حقه ، وهذا ما يسمى " حق التتبع " ؛ فالحقوق العينية التبعية تقوم بدور الضمان الخـاص لحق الدائـن حتى يتوقى الأخطار التي قد تنجم عن عجز الضمـان العام عن حماية حقه ٠

٣١ – أنواع الحقوق العينية التبعية :

الحقـوق العينية التبعية أربعة أنواع : الرهن الرسمي والرهن الحيازي وهمـا يـتقرران بالاتفاق " العقد " وحق الاختصاص وهو يتقرر بأمر القضاء ، وحق الامتياز وهو يتقرر بنص القانون ٠ وذلك على التفصيل الآتي :

٣٢ – أولا : حق الرهن الرسمي : Droit d'hypotheque :

عرفت المادة : ١٠٣٠ مدني مصري الرهن الرسمي أو الرهن التأميني بقولهـ أنــه : " عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقا عينيا يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التالين لــه في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون" ٠

ويستبين من هذا التعريف ما يلي :

أ - إن عقد الرهن يتكون بداهة من طرفين : **أحدهما** : يسمى " الدائن المرتهن " **وثانيهما** يسمي " الراهن " وهو أما أن يكون المدين وهذا هو الغالب وأما أن يكون شخصا آخر يقدم العقار الذي يملكه ضمانا لدين على آخر حتى يقال له في هذه الحالة الكفيل العيني (١) .

ب - هذا النوع من الرهن يجب أن يكون " رسميا " أي واردا في ورقة يقوم بتحريرها موثق بأحد مكاتب التوثيق الملحقة بالشهر العقاري ، فهذا النوع من الرهن لا ينعقد شفاهة أو في ورقة عرفية .

جـ- الرهن الرسمي لا يرد إلا على عقار" منزل- أرض ؛ ومن ثم فإنه يوصف بأنه حق عقاري ما لم ينص القانون أو يقضي الاتفاق بغير ذلك (٢) .

د - العقار المرهون يظل في حيازة مالكه يباشر عليه كل سلطاته كمالك لـه ، فلو أن زيدا رهن أرضه الزراعية لأحد الناس فإنه يظل محتفظا بالأرض المرهونة تحت يده ويكون له الحق فيها وفي أدارتها وأخذ ريعها ولا يكون للدائن المرتهن حق منعه من ذلك ؛ وهذا كله ما لم يكن للدائن المرتهن الحق في استيفاء دينه من ثمار العقار بالأفضلية على غيره من الدائنين العاديين أو الذين لهم رهون تالية له في المرتبة (٣) .

هـ - الرهن الرسمي لا يتجزء ولا يحتج به على الغير إلا بعد قيده؛ ومعنى عدم تجزئه العقار - أو العقارات المرهونة - أنه يكون ضامنا لكل الدين،

---

(١) انظر : د . محمد شكري - السابق ص٦٢ .

(٢) د . أحمد سلامة - السابق ص ٢٤٧ ، هامش (١) بذات الصحيفة .

(٣) د . توفيق فرج - السابق ص ٥٠١ .

وكـل جزء من الدين يكون مضمونا بالعقار أو العقارات المرهونة ، فمثلا لو تم رهن عقار ضمان للوفاء بمبلغ ٥٠٠ جنيه وقام المدين بسداد مبلغ ٢٥٠ جنيه بعد الـرهن فـإن العقـار كله يظل ضامنا لوفاء الـ ٢٥٠ جنيه الباقية ولا يستطيع الـراهن الاحـتجاج بأنـه أوفى نصـف الدين ومن ثم يمكنه بيع نصف العقار المرهـون ٠

و - يسـتطيع الدائن المرتهن أن يتتبع العقار المرهون في يد من انتقلت إليه ملكيته ، وينفذ على العقار المرهون للحصول على حقه ٠

٣٣ - حق الرهن الحيازي : gage ou nantissemont :

الـرهن الحيـازي : هو : حق عيني تبعي يرد على مال يسلم إلى الدائن أو إلى شخص غيره (١) ٠

ومـن هـذا التعريف يمكن استخلاص خصائص الرهن الحيازي وهي تخلص فيما يلي :

أ - الـرهن الحيـازي - على خلاف الرهن الرسمي - يكون بمقتضى اتفـاق " عقـد " بين طرفيه دون استلزام الصفة الرسمية له ، ومن ثم فيكفي أن يكون عرفيا ٠

ب - الرهن الحيازي يرد على العقار والمنقول ، عكس الرهن الرسمي الذي لا يرد إلا على عقار كما سبق القول ٠

جـ - حيـازة الشـيء المرهون في الرهن الحيازى تنتقل إلى الدائن المـرتهن وهذا الشرط أساسي في نفاذه ، ولذلك سمي بالرهن الحيازي ، ولكن

---

(١) د ٠ أحمد سلامه - السابق ص ٢٤٧ ، وانظر المادة : ١٠٩٦ مدني مصري ٠

تظـل ملكية الشيء المرهون للمدين الراهن ومن ثم يكون لـه أن يتصرف في المـال المـرهون إلى الغير ببيعه مثلا رغم وجوده في حيازة الدائن ، وفي هذه الحالة يكون للدائن أن يحبس الشيء في يده حتى يحصل على حقه (١) ٠

د – يلتزم الدائن المرتهن – مادامت حيازة الشيء المرهون تنتقل إليه – بصيانة الشيء المرهون والمحافظة عليه وإدارته ، وأن يبذل في ذلك من العناية ما يبذله الرجل المعتاد ٠

هـ – الفـائدة التي تعود على الدائن من جراء حيازته للشيء المرهون تخصم من الدين المضمون بالرهن " سواء كانت الفائدة ريعا للشيء المرهون أو استعمالا ٠٠٠ الخ ٠

و – إذا كان الرهن واردا على عقار فيجب على الدائن المرتهن قيده في الشـهر العقاري حتى يكون نافذا ، وإذا كان واردا على منقول فيجب أن يكون المحرر المثبت له ثابت التاريخ ٠

ي – الـرهن الحيازي يخول للدائن المرتهن الحق في استيفاء دينه من ثمـن العين المرهونة بالأولوية على غيره من الدائنين ، كما يخول له الحق في تتبع العين المرهونة في أي يد تكون ليستوفى دينه من ثمنها ٠

٣٤ -- ثالثا : حق الاختصاص droit d'affectation:

هـو : حق عيني تبعي يترتب بأمر القاضي للدائن حسن النية الذي بيده

---

(١) د ٠ توفيق فرج – السابق ص ٥٠١ ، د ٠ نزيه المهدي – السابـق ص ٥٢ ، د ٠ جمال زكي – السابق ، د ٠ عبد الودود يحيى – السابق ص ٢١٧ ٠

حكم واجب التنفيذ ضد المدين على عقارا أو أكثر من عقارات هذا الأخير [١] ، ومن هذا التعريف يتبين أن حق الاختصاص يشبه الرهن الرسمي في أنه :

أ - لا يرد إلا على عقار ٠

ب - لا يقتضي نقل الحيازة ٠

جـ - ينفذ في حق الغير دون الحيازة ، ولكن يجب قيده حتى يمكن الاحتجاج به على الغير ، ولكن حق الاختصاص يختلف عن الرهن الرسمي من حيث المصدر ، إذ مصدر الأخير " العقد " بينما مصدر حق الاختصاص " أمر القاضي " أي أنه لا ينشأ إلا بمقتضى أمر يصدره القاضي ، ولكي يصدر هذا الأمر يجب أن يكون بيد الدائن - حسن النية - حكم واجب التنفيذ ٠

أما عن طريقه صدور هذا الأمر فهي أن يتقدم من بيده مثل هذا الحكم بعريضة إلى رئيس المحكمة الابتدائية التي يقع العقار بدائرتها ، وإذا ما رأي رئيس المحكمة أن شرط أخذ الاختصاص متوافرة ؛ ذيل العريضة بأمر منه يقرر الإختصاص مراعيا في ذلك التناسب بين قيمة الدين وقيمة العقارات التي يتقرر عليها الاختصاص [٢] ، وإذا ما تقرر للدائن الاختصاص بعقار أو أكثر من عقارات المدين كان له ميزتي التتبع والأولوية السابق الإشارة إليهما في حينه ضمانا لأصل الدين والمصروفات ٠

٣٥ - رابعا : حق الامتياز droit de privilége :

الامتياز : كما عرفته المادة ١١٣٠ عبارة عن " أولوية يقررها القانون

---

(١) انظر : د ٠ محمد شكري - السابق ص ٦٣ ٠

(٢) انظر : د ٠ توفيق فرج - السابق ص ٥٠٣ ، د ٠ أحمد سلامة - السابق ص ٢٤٩ د ٠ سليمان مرقس - السابق ص ٤٧٥ ، د ٠ عبد الودود يحيى- السابق ص ٢١٧ ٠

لحـــق معيـــن مراعاة منه لصفته ؛ ولا يكون للحق امتياز إلا بمقتضى نص في القانـــون ٠

ولاحـــظ بعض الفقه [١] – بحق – أن هذه المادة لم تشر إلى أن الامتياز حق عيني ذلك أن القول بأن الامتياز يكسب حقا عينيا قول غير مسلم به في الفقه على الأقل بالنسبة لما يسمى بالامتياز العام ٠

وعـــلى العمـــوم فإن حق الامتياز مصدره القانون ، أي أنه لا ينشأ إلا بمقتضى نص القانون ، ومن ثم لا يستطيع القاضي ولا الأفراد أن ينشئ امتيازا مـــا ، فالقـــانون هو الذي يحتكر إنشاؤه ، لأنه يرى أن حقا شخصيا معينا جدير بحماية معينة فيعطي صاحبه أسبقية على غيره تسمى " امتيازا " أي أن صاحب هذا الحق الشخصي المعين له امتياز على غيره من أصحاب الحقوق الأخرى في اقتضاء حقه ، ومن ثم فهو مستثنى من قاعدة تساوي الدائنين جميعا فيما لهم من حق الضمان العام على أموال مدينهم ٠

وينقسم الامتياز إلى عام وخاص ، **وحقوق الامتياز العامة هي التي ترد** على جميع أموال المدين عقارية ومنقولة ، وتخول لصاحبها ميزة التتبع حيث لا تـــرد على مال محدد ، ومثالها الامتياز المقرر لضمان دين النفقة المستحقة في ذمة المدين لأقاربه " [٢] " والامتياز الذي يضمن الوفاء بالمبالغ المستحقة للخزانة العامة وامتياز المبالغ المستحقة للخدم والعمال والإجراء في ذمة رب العمل وذلك كلـــه عـــن الســـتة أشـــهر الأخيـــرة [٣] ، أمـــا **حقـــوق الامـــتياز**

---

(١) د ٠ أحمد سلامه – السابق ص ٢٤٩ ٠

(٢) انظر المادة : ١١٤١ (جـ) ٠

(٣) انظر : د ٠ توفيق فرج – السابق ص ٥٠٣ ، د ٠ محمد شكري – السابق ص ٦٥، د ٠ نزيه المهدي – السابق ص ٥٤ ، د ٠ عبد الودود يحيى – السابق ص ٢٢٨ ، د ٠ جمال زكي – السابق ص ٢٨٣ ٠

الخاصة فهي التي ترد على مال معين من أموال المدين ٠

وتسمى حقوق امتياز خاصة تخول لصاحبها ميزة التتبع ، ومثالها : الامتياز المقرر للمؤجر على منقولات المستأجر الموجودة في العين المؤجرة ضمانا لاستيفاء الأجرة ، وامتياز المبالغ المستحقة للمقاول أو المهندس المعماري المعهود إليه بتشييد بناء أو ترميمه أو صيانته ٠

وأخيرا تجدر الإشارة إلى أن الامتياز إذا كان واردا على عقار فيجب قيده في سجل الشهر العقاري وتكون مرتبته من وقت القيد ٠

٣٦ - خاتمة وتذييل :

في ختام هذا المطلب عن دراستنا للحقوق العينية تجدر الإشارة إلى أن هذه الحقوق - بنوعيها أصلية وتبعية وردت في القانون على سبيل الحصر - عند الراجح من فقهاء القانون - ومن ثم لا يجوز للأفراد الاتفاق على إنشاء ما عداها ؛ لأن هذه الحقوق يتعلق معظمها بالنظام العام حيث يقوم عليها في الواقع بناء المجتمع الاقتصادي والاجتماعي وذلك بما تمثله من قيم مالية هامة " الحقوق العينية الأصلية " وما تمثله من فكرة الضمان والائتمان في المعاملات " الحقوق العينية التبعية " **هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى** ، فإن هذه الحقوق تتميز بصفة " الإطلاق " أي أنها حقوق مطلقة ، ومن ثم فهي حجة على الكافة وملزمة لهم باحترامها مما يستوجب ألا يكون بإمكان الأفراد إلزام الكافة باحترام حقوق " اتفاقية " لم يقررها القانون (١) ٠

---

(١) انظر : د ٠ جمال زكي - السابق ص ٢٨٥ ، د ٠ حسن كيرة - السابق ص ٦٢٥ ، د ٠ إسماعيل غانم - السابق ص ٤٨ ، د ٠ الصدة - السابق بند ٣٥ ، د ٠ محمد شكري - السابق ص ٦٤ ٠

الفرع الثالث
الحقوق الشخصية " حق الدائنية "
Les droit persammels (droit de creance)

****

٣٧ - تعريف الحقوق الشخصية :

عرف جمهور الفقه القانوني الحق الشخصي بأنه : علاقة بين شخصين تخول لأحدهما وهو الدائن أن يطالب الآخر وهو المدين بإعطاء شيء أو بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل (١) ، بينما ذهب نفر من الفقه (٢) إلى تعريف الحق الشخصي بأنه استئثار غير مباشر بأداء معين ٠ والتعريفان وإن كانا يؤديان معنى واحدا إلا أن التعريف الثاني أدق من الأول لإيجازه ودقته بينما عرف الحق الشخصي في التعريف الأول بخصائصه وأنواعه وذلك ليس من شأن التعريف في الغالب الأعم لأنه يؤدي إلى الأطناب الممل أحيانا ٠

وعلى كلا التعريفين فإن الحق الشخصي لا ينصب الاستئثار فيه على شيء معين بالذات كما هو الشأن في الحق العيني ، ولكن الاستئثار فيه يعني أن صاحبه لا يستطيع أن يقوم به إلا عن طريق تدخل شخص آخر ، أما الأداء الذي يرد عليه هذا الاستئثار فهو عمل يقوم به هذا الشخص الآخر ، وبمعنى آخر يتمثل الحق الشخصي في رابطة بين شخصين بحيث لا يستطيع الدائن في هذه الرابطة أن يمارس حقه إلا بواسطة المدين أو الملتزم بهذا الأداء ، ومن هنا

---

(١) د ٠ جمال الدين زكي – السابق ص ٢٩٩ ، د ٠ عبد الودود يحيى – السابق ص ٢١٨ ، د ٠ نزيه المهدي – السابق ص ٥٤ ، د ٠ نعمان جمعة – السابق ص ٣٣٢ ، د ٠ سليمان مرقس – السابق ص ٤٥٠ ، د ٠ عبد الناصر العطار – السابق ص ٣٧٨ ، د ٠ لاشين الغاياتي – السابق ص ٢٤ ، د ٠ محمد شكري – الساق ص ٦٤ ٠

(٢) د ٠ أحمد سلامة – السابق ص ٢٣١ ، د ٠ توفيق فرج – السابق ٠

أطلق على الحق الشخصي " حق الدائنية " على أساس النظر إلى مركز الدائن ، كما يسمى أيضا الالتزام abligation على أساس النظر إلى مركز المدين ، وكل هذه التسميات صحيحة نظرا لأن الحق الشخصي لا يتصور وجوده دون وجود دائن ومدين ، ومن ثم فقد استعمل المشرع الوضعي المصري كلمة التزام باعتبارها مرادفة للحق الشخصي .

بقى بعد ذلك أن نضرب بعض الأمثلة التي توضح مفهوم الحق الشخصي ، ولعل أبرز الأمثلة في هذا الشأن ، عقد الإيجار الذي ينشئ حقا شخصيا للمستأجر هو الانتفاع بالعين المؤجرة ، ومن ثم لا يستطيع هذا المستأجر الدائن بهذا الحق أن يمارس هذا الحق إلا بواسطة المؤجر – المدين بالحق – الذي يقع عليه عبء تمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة ، ومن يكون دائنا لآخر بمبلغ معين لا يمكنه استيفاء هذا المبلغ بالاستيلاء عليه من المدين – بل لابد له من مطالبة المدين ، ومن ثم لا يمكن للدائن الحصول على حقه إلا بواسطة المدين ، وكذلك عقد العمل الذي ينشئ لصاحب العمل حقا شخصيا في مواجهة العامل مؤداه قيام العامل بالعمل المتفق عليه ، كما ينشئ – في ذات الوقت – حقا شخصيا للعامل في ذمة رب العمل مؤداه التزام رب العمل بأن يدفع للعامل الأجر المتفق عليه [1] .

٣٨ – أنواع الحقوق الشخصية :

تتنوع الحقوق الشخصية بتنوع الأداء الذي يقوم به المدين وهو دائما عمل معين من جانب المدين ، وقد يكون هذا العمل إيجابيا وهو ما يسمى

---

(١) انظر : د . نزيه المهدي – السابق ص ٥٤ ، د . جمال زكي – السابق ص ٣٠ .

بالالـــتزام بعمل ، وقد يكون سلبيا وهو ما يسمى بالالتزام بالامتناع عن عمل [١] وقـــد يـــتخذ حالة أخرى غير الحالتين السابقين المتقابلتين وهي ما اصطلح على تســـميته بالالتزام بإعطاء شيء ، وعلى ذلك فالحقوق الشخصية تتنوع إلى ثلاثة أنواع :

أ – الالتزام بالقيام بعمل :

ومضمونه أن يقوم المدين بعمل إيجابي معين لصالح الدائن ومثال ذلك : لو تعاقد مدير مسرح مع ممثل بأن يؤدي الأخير دورا معينا في رواية معينة كان الممـــثل ملتزما بالقيام بعمل هو تمثيل الدور المتفق عليه ، وإذا استأجر شخص منزلا كان المؤجر ملتزما بالقيام بعمل هو تمكين المستأجر من الانتفاع بالمنزل عـــن طريق تسليمه ، إياه ، وكالتزام مقاول ببناء منزل لشخص معين بمقتضى عقد المقاولة ، والتزام العامل بالقيام بعمل معين لدى شخص معين بمقتضى عقد العمل وهكذا .

ب – الالتزام بالامتناع عن عمل :

ومضـــمونه أن يمتنع المدين عن فعل شيء معين كان يحل له أن يفعله لـــولا وجود هذا الالتزام [٢] ، وهو – كما ترى التزام سلبي ، ومثاله التزام بائع المحـــل التجاري بعدم فتح محل عن نفس النوع في نفس المنطقة التي يوجد بها المحـــل الـــذي باعه منعا للمنافسة غير المشروعة ، فالتزام البائع هنا هو التزام بامتناع عن عمل وهو عدم فتح محل تجاري من نفس نوع المحل المباع، وكذلك

---

(١) د . توفيـــق فـــرج – الساق ص ٥٠٠ ، د . أحمد سلامة – السابق – ص ١٣٢ ، د . جمـــال زكي – السابق ص ٣٠٠ ، ٣٠١ ، د . عبد الناصر العطار – السابق ص ٣٧٩ ، د . محمد شكري – السابق ص ٦٧ .

(٢) د . عبد الحي حجازي – السابق ص ٧٣ .

الأمـــر فيمـــن يشتري أرضا من شركة وتكون قد اشترطت عليه إلا يبني على الأرض عمارة سكنية أو محلا تجاريا ، وكذلك التزام الممثل نحو مدير المسرح الذي يعمل به بعدم التمثيل لدى فرقة أخرى أو مسرح آخر وهكذا ٠

جـ- الالتزام بإعطاء شيء:

وهو عبارة عن التزام المدين فيه بنقل أو إنشاء حق عيني ، ومثال ذلك الـــتزام البائع – في عقد البيع – بنقل ملكية الشيء المبيع إلى المشتري ، والتزام المشتري بدفع الثمن ، ومن أمثلة الالتزام بإنشاء حق عيني ، التزام مالك العقار بإنشاء حق ارتفاق على عقاره لمصلحة عقار آخر ، أو الالتزام بإنشاء حق رهن على هذا العقار ضمانا للوفاء بدين في ذمته ، كما أن من أمثلة هذا الفرع التزام المستأجر بدفع الأجرة للمؤجر [١] ٠

ويلاحـــظ – أخيرا أن المحل في الحق الشخصي هو العمل – سواء كان عملا إيجابيا أو سلبيا – الذي يجب على المدين أن يقوم به حتى يتم نقل أو إنشاء الحـــق العيني ، أي أن محل الحق ليس هو الشيء الذي يجب أن تنتقل ملكيته أو ينشـــأ عـــليه حق عيني آخر وإلا كنا بصدد حق عيني على النحو الذي بيناه في حينـــه ٠

٣٩ – مصادر الحقوق الشخصية :

الحقوق الشخصية كثيرة ولا حصر لها – عكس الحقوق العينية ومن ثم لـــم يحـــاول الفقه ، أو القانون حصرها لخروج ذلك عن حد الاستطاعة ، ولكن القـــانون اكتفى ببيان مصادرها فقط ، ومصادر الحقوق الشخصية خمسة هي :

---

(١) د ٠ نزيه المهدي – السابق ص ٥٥ ، وانظر في تفصيل ذلك : د ٠ أحمد سلامة – السابق ص ٢٣٣ ، د ٠ توفيق فرج – السابق ص ٥٠٧ ٠

العقد ، والإرادة المنفردة ، والفعل غير المشروع ، والإثراء بلا سبب، والقانون، ونكتفي بتلك النظرة السريعة في هذا الصدد لأن مجال دراسة هذه المصادر تفصيلا هو نظرية الالتزامات التي تدرس في السنة الثانية بإذن الله .

٤٠ – مقارنة الحق الشخصي بالحق العيني :

من خلال عرضنا لأحكام كل من الحق العيني والحق الشخصي يتبين أن كلا منهما يختلف عن الآخر اختلافا جوهريا من حيث :

١ – **الحقوق العينية** – كما سبق– واردة في القانون على سبيل الحصر، أي أن المشرع الوضعي عين الصور التي يمكن أن تتخذها تلك الحقوق ، ولم يعترف للإرادة الفردية بقدرة ما خارج النطاق الذي حدده سواء أكان ذلك من حيث الإنشاء أم من حيث الأوصاف ، بمعنى أن القانون هو الذي ينشيء تلك الحقوق العينية ويحدد السلطات التي تخولها لأصحابها على محل الحق دون تحوير أو ابتداع ، وذلك بخلاف الحقوق الشخصية فهي متنوعة وغير متناهية ، وتنشأ عادة بإرادة الأفراد ويعترف المشرع الوضعي بسلطان للإرادة فيها من حيث الإنشاء والوصف على السواء وذلك في حدود النظام العام والآداب [١] .

٢ – **الحق العيني** سلطة لشخص على شيء مادي معين بالذات ــ أما الحق الشخصي فهو سلطة لشخص قبل شخص آخر يستطيع الأول بموجبها أن يلزم الثاني أن يؤدي إليه أداء ذا قيمة مالية، سواء كان ذلك الأداء إعطاء شيء ، أم القيام بعمل أم الامتناع عن عمل [٢] أي أن محل الحق الشخصي عمل الدين،

---

(١) انظر : د . سليمان مرقس – السابق ص ٢٥٣ .

(٢) د . أحمد سلامة – السابق ص ٢٥١ ، د . توفيق فرج – السابق ص ٥١٨ ، د . سليمان مرقس – السابق ص ٢٥٣ .

ولذلك يمكن تصور نشوء هذا الحق متعلقا بشيء غير معين بالذات ويكفي فيه أن يكـون معيـنا بنوعه ومقداره (١) ، ومعنى ذلك أن الحق العيني يرد على شيء والحـق الشخصـي يرد على عمل ، فمثلا : محل السكنى " حق عيني " يكون للمنزل ذاته ، بعكس محل حق المستأجر للمنزل ، فيكون عملا يقوم به المؤجـر (حـق شخصي) وهو تمكين المستأجر من الانتفاع بالمنزل المؤجر ، على أنه إذا كان الحق العيني يتركز في شيء معين بالذات وجب أن يكون موجودا أيضا ، أي حاليا ، فإذا ورد الحق على شيء مستقبل فإن ذلك لا يولد حقا عينيا ولكن يـتولد عـنه حق شخصي فقط ، فإذا بعت شيئا معينا بالنوع – أي غير مفرز " كميـة من القمح غير مفرزة " فإن ملكية المشتري لا تنشأ إلا بالفرز ، وقبله لن تكـون ثـمة ملكية ، والمشتري قبل وجود الشيء وفرزه يكون دائنا للبائع بحق شخصي (٢) .

٣ – **الحق العيني** ينتج أثره في مواجهة الكافة ويحتج به عليهم ؛ ومن ثم فهو حق مطلق ، أما الحق الشخصي فهو حق نسبي لا ينتج أثره إلا في مواجهة المديـن ولا يحـتج إلا بـه عـليه (٣) ومن ثم فهو يعتبر عنصرا سلبيا في ذمة المديـن .

٤ – **الحق العيني** يخول صاحبه ميزتي حق الأفضليـــة droit de préférence وحـق التتبع droit de suil وهاتان الميزتان من وجوهر الحق العيـني ، والجوهر يلازم الشيء ، أيا كان نوعه ومن ثم فهاتان الميزتان ليستا قاصرتين على حق دون آخر .

---

(١) انظر المادة : ١٣٣ مدني مصري .

(٢) د . أحمد سلامه – السابق ص ٢٥٤ .

(٣) د . جمال الدين زكي – السابق ص ٣٠١ ، د . توفيق فرج – السابق ص ٢٠ .

ومعـــنى التتبع : أن صاحب الحق يزاول سلطاته أينما كان الشيء وفي أي يـــد يكون [١] ، فمثلا لو سرق شخص شيئا تملكه أنت تملكه فإنك تظل قانونا صاحب السلطة عليه ، ويكون لك أن تسترده ممن سرقه .

أمـــا ميزة الأفضلية : فمعناها أن صاحب الحق يزاول سلطاته دون أن يـــزاحمه أحـــد ممن لهم حقوق أخرى مشابهة لحقه لدى المدين ولئن زاحمه أحد فإنـــه تكون له الأولوية في استيفاء حقه ، فمثلا لو رهن عقار ضمانا لوفاء مبلغ ألـــف جنيه وقيد المرتهن - رهنه ثم بيع العقار المرهون فإنه يكون للمرتهن أن يستوفي مبلغ الألف جنيه أولا ، وأن بقى شيء من ثمن العقار أخذه الدائنون بحق شخصي غير مضمون ويسمون بالدائنين العاديين .

هذا كله بخلاف الحق الشخصي الذي لا يعطي لصاحبه ميزتي الأفضلية والتتـــبع فأصـــحاب الحقـــوق الشخصية كلهم في مركز متساو لما لهم من حق الضمان العام ، وليس لأي منهم ضمان خاص على ما سبق بيانه في حينه .

٥ - الحقـــوق العينية - كما سبق القول - يمكن - كقاعدة عامة كسبها بالـــتقادم ؛ أمـــا الحقـــوق الشخصية فلا تكسب من هذا الطريق [٢] ؛ ولا يمكن التنازل عنها بسهوله .

٤٠ - محاولات تقريب الحق العيني من الحق الشخصي والعكس :

ظلت التفرقة بين الحق العيني والحق الشخصي - على النحو - السابق تفرقه جوهرية تترتب عليها آثار هامة ، ويطلق على هذا المسلك الذي يفرق بين

---

(١) انظر : د . أحمد سلامة - المصدر السابق ص ٢٥٤ .

(٢) انظر : د . سليمان مرقس - السابق ص ٤٥٥ .

الحـق الشخصي والحق العيني عن طريق المقابلة " النظرية التقليدية " [١] ، وقد ظلت هذه النظرية وتلك التفرقة قائمة رغم المحاولات التي بذلت من جانب الفقه لإزالتها [٢] وأبرز هذه المحاولات ظهور :

أ – النظرية الشخصية :

التي يتزعمها فريق من الفقه على رأسهم " بلانيول " وديموج ، ومضمونها تقريب الحق العيني من الحق الشخصي ، عن طريق إبراز فكرة الرابطة بين الأشخاص في الحق العيني كما هي في الحق الشخصي ، لأن الرابطة بالمعنى القانوني لا يمكن أن تنشأ بين شخص وشيء ، " الحق العيني " فالرابطة لا تكون إلا بين شخص وشخص ، ومن ثم فإن الحق العيني شأنه الحق الشخصي تماما في هذا الصدد ، ولكن هذه النظرية لم تسلم من النقد لأننا عرفنا الحق العيني بأنه سلطة لشخص على شيء وليست رابطة بين شخص وشيء ، ومن ثم كان القول بأن الحق العيني رابطة بين أشخاص لا يخلو من التحايل والتصنع وغير مقبول [٣] .

ب – النظرية المادية :

ومن أنصارها " فون جيرك " في ألمانيا " وسالي " و " لامبير " في فرنسا . ومضمونها تقريب الحق الشخصي من الحق العيني عن طريق القول بأن الحقوق المالية جميعها – عينية وشخصية – تعتبر عنصرا من عناصر الذمة المالية . ومن ثم فأصحاب هذه النظرية يبرزون محل الحق لا أطراف الحق ،

---

(1) Demelombe : Cours du cade N apoléon, T. 9 , Ne 473 .

(٢) د . توفيق فرج – السابق ص ٥١١ .

(٣) انظر فيما سبق تفصيلا : د . أحمد سلامة – السابق ص ٢٥٩ . د . توفيق فرج – السابق ص ٥١٣ .

، فـالحق الشخصـي لا ينظر إليه على أنه رابطة بين شخصين ، بل على أنه عنصر مالي يتجرد عن شخص الدائن وعن شخص المدين ، وهذا ما يقربه من الحـق العيني ، ومن ثم فمن الممكن التعامل فيه عن طريق البيع والرهن والهبة كالحق العيني تماما ٠

غيـر أن هذه النظرية – رغم ما لاقته من بعض النجاحات في القوانين الحديثة (١) إلا أنها لم تسلم من النقد من وجوه عديدة ؛ أهمها إذا كان من الممكن فـي بعض الحالات النظر إلى موضوع الحق بصفة رئيسية والنظر إلى أطرافه نظرة أقل أهمية حتى تتمشى بذلك مع ما تقضي به المعاملات : فإن هذا لا يعني تجـاهل أطراف الحق في صور أخرى أكثر أهمية ؛ كما إذا التزم ممثل معين بالتمـثيل لدى صاحب مسرح ، فشخصية هذا الممثل – وهو المدين هنا – ذات أهمية بالنسبة للطرف الآخر ٠

٤١ – تعقيب وترجيح :

وإزاء الانـتقادات الموجهـة إلى كـل من النظرية الشخصية والنظرية الماديـة بتقريب الحق العيني من الحق الشخصي والعكس ، لم يجد الفقه الحديث بـدا مـن بقاء التفرقة بينهما على أساس النظرية التقليدية ؛ تلك التفرقة القديمة الراسـخة الـتي لـم يكن من السهل تقبل هدمها ومن ثم ظلت التفرقة بين الحق العيـني والحق الشخصي قائمة وهو ما يأخذ به المشرع الوضعي المصري في التقنين المدني الحالي ٠

---

(١) كالقـانون اللبـناني الـذي أخذ ببعض نتائج النظرية المادية مثل نشوء الالتزام دون وجود الدائن عن طريق الاشتراط لمصلحة الغير الذي يصير دائما " ملتزما " م ٢٢٨ " من قانون الموجبات والعقود اللبناني " ، وما يأخذ به القانون من أجازة حوالة الحق وحوالة الدين ، م ٢٨٠ وما بعدها – موجبات ٠ انظر : فيما سبق – د ٠ توفيق فرج – السابق هامش (١) ص ٥١٦ ، ٥١٧ ٠

المطلب الثاني
الحقوق الذهنية " المعنويـــة "
حق المؤلف

****

٤٣ – التعريف بالحقوق الذهنية "المعنوية "

الحق الذهني " المعنوي " سلطة يثبتها القانون للشخص على إنتاجه الذهني ويكون ميزة له تمكنه من تحقيق مصلحة مادية ومعنوية يقرها القانون(١) ؛ سواء كـــان هذا الإنتاج فكرة ابتكرها الشخص أم اختراعا ، أم أي مزيه معنوية أخرى نتجت من عمله مثل حق المؤلف من مؤلفاته وحق المخترع في مخترعاته الخ . وبعض الفقه يسمى هذا النوع من " الحقوق المعنوية " لأنها تقع على أشياء ذات طـــبيعة معـــنوية وبعضـــهم يطـــلق عليها الملكية الأدبية ، نظرا لأن مقوماتها الأساســية هي صاحب ومحل الحق الذي تعلق بعمل أدبي مثل القصص وكتب الأدب والكـــتب العـــلمية ، وإذا تعـــلق الأمـــر بعمـــل ذي

---

(١) د . العطـــار – السابق ص ٣٩٠ ، وانظر في هذا الموضوع د . سليمان مرقس – السابق ص ٤٩٢ وما بعدها ، د . توفيق فرج – السابق ص ٥٢٧ وما بعدهـــا . د . محمـــد على عرفه – شرح القانون المدني – حق الملكية ط ١٩٥٤ فقرة ٣٧١ ومـــا بعدها ، د . حسن كيرة – السابق ص ٦٣١ وبعدها ، د . مختار القاضي حق المؤلـــف – جزئان ط ١٩٥٨ ، ١٩٦٩ ، د . نعمان جمعه – السابـــق ص ٣٦٩ وما بعدها ، د . نزيه المهدي – السابق ص ٦٨ وما بعدها ، د . عبد الودود يحيى – الســـابق ص ٢٢٢ وبعدها ، د . منصور – السابق ص ٦٦ وبعدها ، د . جميل الشـــرقاوي- السابق ص ٢٨٢ وبعدها ، د . اسماعيل غانم – السابق ص ٥٩ وما بعدها ، د . محمد شكري – السابق ص ٧٢ وما بعدها ، انظر في الفقه الأجنبي :
Roubier, Droits mintellectuéls de : Cliéntéle Rev trim. De droit civie. 1932 , P. 28 . s et. S.

طابع صناعي مثل اختراع أي إنسان لآلة ما؛ فإن ذلك يسمى بالملكية الصناعية ، وأن تعلق الأمر بحق التاجر على محله التجاري تسمى " الملكية التجارية – وقد أشارت إلى هذا النوع من الحقوق المادة ٨٦ من القانون المدني المصري بقولها " الحقوق التي ترد على شيء غير مادي تنظمها قوانين خاصة " ٠

وأعمالا لهذا النص صدرت قوانين خاصة عديدة لتنظيم مختلف صور الحقوق الأدبية والمعنوية أهمها القانون ١٣٢ لسنة ١٩٤٩ الخاص ببراءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية ، والقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥١ الخاص بالأسماء التجارية ثم القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ الذي تضمن تنظيما كاملا لحق المؤلف ، ولما كان القانون التجاري هو الذي يتكفل بمعالجة براءات الاختراع والنماذج الصناعية والتجارية فإننا سنقتصر في هذا الصدد على أحكام حق المؤلف وفقا للقانون الأخير ٠

٤٣ – مضمون حق المؤلف :

ليس المقصود بالمؤلف في القانون ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ كل من ألف كتابا فحسب ؛ بل كل من أنتج إنتاجا ذهنيا في الآداب والعلوم والفنون أيا كان نوعه وطريقة التعبير عنه إذا كان هذا الإنتاج ينطوي على شيء من الجهد والابتكار ، فيدخل في ذلك العالم ، والكاتب الأديب ، والمثال ، والرسام ، والنحات ، والمؤلف الموسيقى والملحن والمغني والممثل السينمائي ٠٠٠ الخ ، ولقد نصت على هذا المعنى المادة ١/١ من القانون ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ حين ذكرت أنه " يتمتع بحماية هذا القانون مؤلفو المصنفات المبتكرة في الآداب والفنون والعلوم أيا كان نوع هذه المصنفات أو طريقة التعبير عنها أو أهميتها أو الغرض من تصنيفها ٠

ويتبين من ذلك أنه متى كان هناك مصنف مبتكر فإن القانون يحمي واضعه ، أي يكون واضعه صاحب حق فيه " أدبي ومالي " والمصنف : أي إنتاج ذهني بغض النظر عن طريقة التعبير عنه ، أي سواء كان بالكتابة أم بالرسم ، أو بالصورة ، أم بالحركة ، وقد ضربت المادة الثانية من قانون حماية المؤلف أمثلة عديدة للمصنف فذكرت : المصنفات الداخلة في فنون الرسم والتصوير بالخطوط والألوان ، أو الحفر أو النحت أو العمارة ، والمصنفات التي تلقى شفويا كالمحاضرات والخطب والمواعظ وما يماثلها ، والمصنفات المسرحية والمسرحيات الموسيقية ، والمصنفات الفرتوغرافية والسينمائية والخرائط الجغرافية ، والمخطوطات ... الخ .

وخلاصة القول أن المصنف يشترط فيه شرطان حتى يكون لصاحبه حق فيه .

الأول : التعبير عن الفكرة : وجدير بالذكر أن " الفكرة في حد ذاتها لا ترقى إلا مرتبة المصنف لأن الأفكار كالخير والشر ملك للجميع ، وبعد الفكرة يأتي " تصميم الفكرة " ومعناها أعمال العقل في الفكرة الأولى والتنسيق بين جوانبها ، وهي لا ترقى كذلك إلى مرتبة المصنف ، ثم تأتي بعد ذلك عملية " التعبير عن الفكرة " وهي إخراج التصميم إلى حيز المحسوسات ، وهذه المرحلة هي التي ترقى بالفكرة إلى مرتبة المصنف (١) .

الثاني : الجهد الذهني : وهو معيار الابتكار ، ولا يلزم أن يكون هذا الابتكار خلقا جديدا في جملته وتفصيله أو أنشأ مبتدأ ، بل يكفي فيه أن يضفي على الفكرة طابعا جديدا يميزها تمييزا يعتد به في عالم الأدب أو الفن أو العلم

---

(١) د . مختار القاضي – السابق ص ٢٤ وما بعدها .

سواء كان هذا التمييز متعلقا بجوهر الفكرة ، أم بطريقة العرض ، أم بالتعبير ، أم حتى بمجرد الترتيب أو الثبوت أو الأسلوب ، وترتيبا على ذلك يعتبر مصنفا من يقوم بترجمة مصنف من لغة إلى أخرى أو بتحويله من لون من ألوان الفنون أو الآداب إلى لـــون آخر ، أو من يقوم بتلخيص مصنف أو بتحويزه وتعديله أو بشـــرحه والتعليق عليه بأية صورة تظهر في شكل جديد ، ولكن لا يعتبر مصنفا من يجمع بعض قطع من شعر أو من نثر أو من موسيقى غيره ، ولا من يجمع نصـــوص القوانين والمراسم واللوائح والاتفاقات الدولية والأحكام القضائية لأن هذا الجمع لا يعدو أن يكون مجهودا ماديا .

٤٢ – جوانب حق المؤلف :

للمؤلف على مصنفه حقان " جانبان " حق أدبي وحق مالي :

أ – لما كان المصنف يعبر عن عدة أنواع تتصل بشخص صاحبه ويعبر عن أفكاره ومعتقداته منح القانون للمؤلف سلطات معينة تخلص في :

(١) – المؤلف وحده له حق تقرير نشر مصنفه أو عدم نشره ، إذ أن نشر المؤلف أو عدم نشره مسألة شخصية بحته يقررها الشخص وحده ، كما أن المؤلـــف وحده له حق اختيار طريقة النشر ، غير أن القانون أجاز لمن يشاء أن يقـــوم بعمـــل نسخه واحدة لاستعماله الشخصي من أي مصنف دون حاجة إلى استئذان المؤلف في ذلك ، وأجاز نشر التحليلات والاقتباسات القصيرة للمصنف الـــذي تـــم نشـــره إذ قصـــد بها النقد أو المناقشة أو الأخبار ما دامت تشير إلى المصنف واسم المؤلف إذا كان معروفا (٢) .

---

(١) المادة : ٥ من القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ .

(٢) د . ســـليمان مرقس – السابق ص ٤٩٥ ، د . أحمد سلامه – السابق ص ٢٦٧ ، وانظر : المادة ١٣ من القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ .

(٢) – لمؤلف المصنف سلطة استئثار على مصنفه ، بنسبة المصنف إليه ومنع نسبته إلى غيره ، وبمقتضى هذه السلطة يحتفظ مؤلف المصنف الذي تم نشره بنسبته إليه سواء أكان ذلك باسمه الحقيقي أم باسم مستعار [١] " ، وبمعنى آخر يجب ألا ينسب المصنف إلى غير المؤلف ، وأن يقترن المصنف باسم مؤلفه ومعنى ذلك أنه لا يحق للناشر أن ينزع اسم المؤلف ولا يحق له نشره إلا إذا كان هناك اتفاق يقضي بذلك •

(٣) – للمؤلف وحده سلطة إدخال أي تعديلات أو تغييرات أو تبديلات على مصنفه ، وله وحده حق ترجمته من لغة إلى أخرى ولا يجوز لغيره أن يباشر شيئا من ذلك إلا بإذن كتابي منه أو ممن يخلفه وقد أورد المشرع الوضعي استثناء على هذه القاعدة ضمنها المادة ٩ /٢ من القانون المذكور يقضي بأنه إذا حصل الحذف أو التغيير في ترجمة المصنف فلا يكون – للمؤلف الحق في منعه إلا إذا أغفل المترجم الإشارة إلى موطن الحذف أو التغيير أو ترتب على الترجمة مساس بسمعه المؤلف ومكانته الفنية •

(٤) – للمؤلف وحده سلطة سحب مصنفه من التداول أو وقف نشره أو عرضه أو إذاعته لأن المصنف جزء من تفكير المؤلف ينم عن ميوله ومذاهبه ومعتقداته الشخصية ؛ ولكن القانون اشترط – لجواز سحب المصنف بعد تصرف المؤلف في حقوق الاستغلال المالي :

أولا : أن تكون قد طرأت أسباب خطيرة أو تحول خطير في الأفكار تجعل استمرار تداول المصنف ضارا بسمعه المؤلف •

ثانيا : أن يحصل المؤلف على حكم من المحكمة الابتدائية يرخص له في سحب مصنفه من التداول ، ويلزم المؤلف في هذه الحالة بدفع تعويض عادل

---

(١) المادة : ٩ / ١ من قانون حق المؤلف •

تحـــدده المحكمـــة لمن آلت إليه حقوق الاستغلال المالي ، على أن يتم دفع هذا التعويض مقدما أو في غضون أجل تحدده المحكمة وإلا زال كل أثر للحكم ٠

ويستبين مما سبق أن الجانب الأدبي لحق المؤلف يتميز بخصائص معينة أهمهـــا ،عـــدم جواز الحجز على الجانب المعنوي من المؤلف، كما أن الجانب المعنوي من حق المؤلف لا يتقادم أبدا شأنه في ذلك شأن سائر الحقوق الشخصية كما أنه قابل للانتقال إلى ورثة المؤلف في بعض نواحية على الأقل [١] ٠

٤٧ – الجانب المالي لحق المؤلف [٢] :

ومضمون هذا الجانب : حق المؤلف في استغلال مصنفه استغلالا ماليا ، والاحـــتفاظ بما يجلبه من كسب مادي ، وتقضي المادة الخامسة من القانون بأن المؤلف وحده يستأثر باستغلال مصنفه ، ولا يجوز لغيره أن يباشر هذا الحق إلا بأذن كتابي منه ، وبذلك قد يقوم المؤلف نفسه بالاستغلال المالي لمصنفه ، أو قد يتـــنازل عـــن هذا الاستغلال إلى الغير مقابل مبلغ مالي محدد ، وسواء في ذلك استغلال المصنف ماليا بحالته الأصلية أم بترجمته وتحويله من لون إلى آخر أو تعديله في صورة جديدة ٠

وتتخذ طريقة الاستغلال المالي للمصنف إحدى صورتين :

الصورة الأولى :

طـــريقة الأداء العلني ، والأداء العلني تعرفه المادة السادسة من القانون

---

(١) انظر المادة : ١٩ من القانون ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ ٠

(٢) انظر في ذلك : د ٠ سليمان مرقس – السابق ، د ٠ توفيق فرج – السابق ص ٥٥٧ وما بعدها ، د ٠ أحمد سلامة – السابق ص ٢٧١ وما بعدها ، د ٠ عبد الودود يحيى – السابق ص ٢٢٧ وما بعدها ، د ٠ إسماعيل غانم – السابق ، د ٠ نعمان جمعة – السابق ص ٢٨٢ وما بعدها ، د ٠ المهدي – السابق ص ٨٣ وما بعدها ٠

بقولها " تتضمن حق المؤلف في الاستغلال : أولا عن نقل المصنف إلى الجمهور مباشـرة بأيـة صورة خاصة بإحدى الصور الآتية : التلاوة العلنية ، أو التوقيع الموسـيقى ، أو التمثيل المسرحي ، أو العرض العلني ، أو الإذاعة اللاسلكية ، للكلم أو الصوت أو الصور ، أو العرض بواسطة الفانوس السحري أو السينما ، أو نقـل الإذاعة اللاسلكية بواسطة مكبر الصوت أو بواسطة لوحة التلفزيون بعد وضعه في مكان عام " .

الصورة الثانية :

عمـل نمـاذج ، وتعرفها نفس المادة بأنها " نقل المصنف إلى الجمهور بطـريقة غيـر مباشرة ينسخ صور منه تكون في متناول الجمهور ، ويتم هذا بصفة خاصة عن طريق الطباعة أو الرسم أو الحفر أو التصوير الفوتوغرافي أو الصب في قوالب أو بأي طريقة أخرى من طرق الفنون التخطيطية أو المجسمة أو عن طريق النشر الفوتوغرافي أو السينمائي .

٤٨ – خصائص الجانب المالي لحق المؤلف :

أ – حق الاستغلال المالي يجوز التصرف فيه كغيره من الحقوق المالية الأخرى . ومن ثم يجوز للمؤلف أن ينزل عنه إلى الغير ، وقد يكون هذا النزول مؤبـدا أو مؤقتا بمدة ، كما قد يكون كاملا أو جزئيا ، كما أنه يجوز هذا النزول عـن ذاك الحـق حـال الحياة وبعد الممات ، وإذا جاز نقل هذا الحق إلى الغير فيجب أن يكون هذا النزول كتابة ، ويحدد فيه صراحة وبالتفصيل كل حق على حـدة يكون محل التصرف مع بيان مداه والغرض منه ومدة الاستغلال ومكانه ، وإذا لـم يـتم هذا النزول كتابة اعتبر كأن لم يكن ، إذ الكتابة هنا شرط لانعقاد التصرف ؛ وسواء كان المؤلف قد أتم تأليف المصنف أم كان في سبيل إتمامه ، أو حـتى لم يكن قد بدأ تأليفه بعد ، مع ملاحظة أن التصرف في حق الاستغلال المالي لا يؤثر على الحق الأدبي وحقه في نسبة المصنف إليه .

ب – الجانب المالي لحق المؤلف غير قابل للحجز [١] ، ولكن إذا تم نشر المصنف في الأسواق فإنه يجوز لدائني المؤلف الحجز على ما قد يكون موجودا من هذه النسخ ضمانا لسداد حقهم في ذمة المؤلف ، لأن الحجز لا يرد في هذه الحالة على حق الاستغلال المالي للمؤلف وإنما يرد على أشياء مادية بحتة هي النسخ المنشورة .

جـ – الجانب المالي لحق المؤلف موقوت بمدة معينة بعدها يصبح المؤلف جزءا من الثروة الفكرية العامة وتبعا لذلك يزول الاستئثاريه، وقد نصت المادة ٢٠ على القاعدة العامة في ذلك بقولها " تنقضي حقوق الاستغلال المالي بمقضي خمسين سنة على وفاة المؤلف ، وإذا كان المصنف مشتركا تحسب مدة الخمسين سنة من تاريخ وفاة آخر من بقى حيا من المشتركين في تأليفه " .

وبعد هذه القاعدة العامة أورد القانون عدة استثناءات عليها أهمها :

١ – بالنسبة للمصنفات الفوتوغرافية والسينمائية والتي لا تكون مصطبغة بطابع إنشائي بحيث يقتصر الأمر فيها على مجرد نقل آلي للمناظر الطبيعية ، فإن مدة الحماية فيها تنتهي بمضي خمس عشرة سنة فقط ، وتحسب هذه المدة من تاريخ أول نشر للمصنف .

٢ – بالنسبة للمصنفات الأجنبية نصت المادة ٨ من القانون على أنه يسقط حق المؤلف في استغلالها عن طريق ترجمتها إلى اللغة العربية بمضي خمس سنوات من تاريخ أول نشر للمصنف دون أن يقوم المؤلف شخصيا بالترجمة أو يأذن للغير بها ، وحكمة ذلك تغليب الصالح العام المصري على المصلحة الفردية للمؤلف ، وحتى يحثه ذلك على القيام بالترجمة في أقرب وقت معقول حتى تتحقق استفادة البلاد من النتاج الذهني للأمم الأخرى [٢] .

---

(١) المادة : ١٠ من القانون ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ .

(٢) انظر : النشرة التشريعية – يونيو سنة ١٩٥٤ ، ص ١٣٢٤ .

٣ - بالنسبة للمصنفات التي تنشر غفلا من اسم المؤلف أو باسم مستعار فإن المدة تحسب من تاريخ النشر فإذا ظهرت شخصية المؤلف الحقيقية قبل انقضاء الخمسين سنة : تبدأ المدة من تاريخ الوفاة طبقا للقاعدة العامة ٠

٤ - إذا كان المؤلف صاحب الحق المالي شخصا اعتباريا عاما أو خاصا - شركة ، جميعه ، مؤسسة - فإن مدة الخمسين سنة تحتسب من تاريخ نشر المصنف ، والأمر عينه بالنسبة للمصنفات التي تطبع باسم الدولة أو إحدى المحافظات أو الجمعيات العلمية ٠

٥ - انتقال الحق المالي إلى الورثة : يثبت الحق المالي للمؤلف على مصنفه طوال حياته ، ثم ينتقل بعد مماته إلى الورثة (م ١٨ من القانون) شأنه في ذلك شأن سائر الحقوق المادية الأخرى ، وذلك طبقا للقواعد المطبقة على انتقال الأموال المتعلقة بالتركة مع مراعاة المدة التي يقررها القانون لقيام حق المؤلف ٠

وإذا كان المصنف مشتركا ، وتوفى أحد المشتركين في تأليفه ولم يكن له أي وارث أو موصي له فإن نصيبه يؤول إلى المشتركين الآخرين أو ورثتهم ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك (١) .

٤٩ - حماية حق المؤلف " الحماية المدنية والجنائية والإجراءات التحفظية " :

قرر القانون ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ " قانون حق المؤلف " عدة جزاءات على أي اعتداء على حق المؤلف ، وتخلص هذه الجزاءات في الأنواع الثلاثة الآتية :

---

(١) انظر : مادة ١٨ / ١ من قانون حق المؤلف ٠

أولا : الإجراءات التحفظية :

قــرر القانون (م ٤٣) أنه في حالة الاعتداء على حق المؤلف من قبل الغيــر ، يجوز لرئيس المحكمة الابتدائية أن يصدر أمرا على عريضة بناء على طلب المؤلف أو من يخلفه باتخاذ الإجراءات الآتية :

أ – إثبات حالة الاعتداء على حق المؤلف وذلك بإجراء وصف تفصيلي للمصنف الذي نشر أو أعيد نشره على خلاف القانون ٠

ب – وقف نشر أو عرض أو صناعة المصنف ٠

جـــ– توقيع الحجز على المصنف الأصلي أو نسخه أو صوره ، وكذا على المواد التي تستعمل في إعادة النشر أو استخراج نسخ منه بشرط ألا تكون هذه المواد صالحة إلا لإعادة نشر المصنف المقصود ٠

د – إثــبات الأداء العلــني بالنسبة لإيقاع أو تمثيل أو إلغاء مصنف بين الجمهور ومنع استمرار العزض القائم أو حظره مستقبلا ٠

هـــ– حصر الإيراد الناتج من النشر أو العرض وتوقيع الحجز على هذا الإيــراد ، وعلى المؤلف أو ورثته أن يرفع أصل النزاع إلى محكمة الموضوع خلال الخمسة عشر يوماً التالية لصدور الأمر وإلا زال كل أثر لهذا الأمر ٠

ثانـيا – الجزاء الجنائي :

قــرر القانون " حق المؤلف " جزاء جنائيا على كل من يتعدى على حق المؤلــف في حالة نشر المصنف واستغلاله أو إدخال تعديلات عليه دون أذن من المؤلف أو من يخلفه ؛ وفي حالة بيع مصنف مقلد ، أو إدخال مصنفات منشورة فـــي الخارج إلى داخل البلاد دون أذن المؤلف أو من يقوم مقامه على أن تكون هــذه المصنفات مما تشملها حماية القانون ، وفي حالة التقليد الذي يقع في مصر لمصـــنفات منشـــورة بالخارج وبيع هذه المصنفات أو تصديرها أو تولى شحنها خارج البلاد دون أذن مؤلفها " جريمة التقليد " واعتبر القانون جميع هذه الحالات

جريمة جنائية يعاقب مرتكبها بالغرامة التي لا تقل عن عشرة جنيهات ولا تزيد علـى مائـة جنيه ، وفي حالة العود تكون العقوبة هي الحبس مدة لا تزيد على ثلاثة شهور وبغرامة لا تزيد على ٣٠٠ جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين ، فضلاً عـن بعـض العقوبـات التـبعية الأخرى مثل الحكم بإعلان المؤسسة المستغلة لارتكـاب الأفعـال الخالفـة لهذه النصوص ، ويجوز الحكم بمصادرة الأدوات المستخدمة في النشر أو التقليد ، ويجوز نشر الحكم بالجرائد والصحف على نفقة المحكوم عليه ، وكلها عقوبات واهية وغير رادعة ويجب النظر في تشديدها بعد شيوع وكثرة الاعتداء على المصنفات الفنية في العصر الحاضر ·

ثالثا : الجزاء المدني :

ويتمـثل في الحكم بوقف الاعتداء على حق المؤلف وإزالة كل أثر لهذا الاعتداء ولو بإعدام النسخ أو المواد والأدوات التي استخدمت في نشر المصنف، كمـا أن المحكمة المختصة تحكم بتعويض المؤلف أو ورثته عن الأضرار التي لحقته من جراء هذا الاعتداء ·

بيـد أن القانون الزم القاضي بالاقتصار على الحكم بالتعويض فقط في الحالات الآتية :

أ – إذا كانت المدة الباقية على انقضاء حق المؤلف أقل من عامين ·

ب – إذا كـان الاعتداء يتمثل في ترجمة مصنف بلغة أجنبية إلى اللغة العربية دون أذن المؤلف " م ٨ " أي في الحالة التي تتم فيها الترجمة قبل مضي خمس سنوات على نشر المؤلف أو ترجمته إلى لغة أخرى ·

جـ – إذا كـان الاعـتداء عـلى مؤلف معماري باستخدام تصميماته ورسوماته الهندسية دون أذنه ·

المطلب الثالث
أنواع الحقوق وأحكامها في الفقه الإسلامي

****

٥٠ – تمهيد :

تتقسم الحقوق في الشريعة الإسلامية وتتنوع إلى أنواع مختلفة تجمع كل طائفـــة مـــنها الحقوق المتحدة في الطبيعة والتي تستقل لذلك عن غيرها بأحكام خاصة ومتميزة ، وذلك كما هو الشأن في أنواع الحقوق في القانون الوضعي، إلا أن مـــنهج الفقه الإسلامي وإن كان يعرف تنوع الحقوق إلا أن هذا التنوع يأخذ طابعا ومنهجا يختلف عن القانون الوضعي لاختلافهما في المحل والسبب ٠٠ الخ وهو ما سنتناوله فيما يلي :

٥١ – أقسام الحق في الفقه الإسلامي :

ينقســـم الحق في الفقه الإسلامي إلى قسمين كبيرين يضم كل قسم طائفة محددة من الحقوق ٠ فالحق يمكن النظر إليه باعتبار صاحبه ، ويمكن النظر إليه باعتبار محله [١] وذلك على النحو التالي :

٥٢ – القسم الأول : الحقوق باعتبار أصحابها :

وهذا القسم ينظر فيه إلى صاحب الحق ذاته ، وليس لمحل الحق ومن ثم فهو يشمل أنواعا أربعة من الحقوق :

الأول :

حقوق خالصة لله عز وجل : والمراد بحق الله تعالى – بصفة عامة – ما يتعلق به النفع العام من غير اختصاص بأحد [٢] وقد أشار الله سبحانه وتعالى إلى

---

(١) انظر في ذلك : د ٠ محمود بلال – المرجع السابق ص ٤٧٥ وما بعدها ٠

(٢) شرح التلويح لمتن التنقيح للتفتازاني ط ١٣٧٧ جـ ٢ ص ١٥٢ ٠

هذا النوع من الحقوق في آيات كثيرة من القرآن الكريم منها قوله عز وجـــل: ﴿ **لله ملك السموات والأرض** ﴾ [١] ، وقوله عز وجل : ﴿ **يا أيها الناس أنتم الفقراء إلى الله والله هو الغني الحميد** ﴾[٢] ، ومـــن أمثـلة هذا النوع من الحقوق : حرمة البيت الحرام لأن نفعه عام لجماعة المسلمين أو غالبهم في كل بقاع الأرض ٠

ويشمل هذا النوع من الحقوق – ثمانية أنواع :

١ – العـبادات الخالصة لله تعالى : أي العبادات التي لا يخالطها معنى المؤنـــة ولا العقوبـــة ، ومثال هذا النوع أركان الإسلام بالمعنى العام كالصلاة ، والصيام والزكاة ، والحج ، والجهاد ٠

٢ – عـبادات فيهـا معـنى المؤنة : كصدقة الفطر ، فهي عبادة لأن الشـــارع أســـماها " صدقة " وفيها معنى المؤنة لأنها تجب على الشخص نفسه وعمن تلزمه نفقتهم ٠

٣ – مؤنـــة فيهـــا معـنى العبادة : كالعشر الواجب إخراجه فيما تنتجه الأرض الــزراعية [٣] ، وذلك لأن مؤنة الشيء سبب بقائه ، والعشر سبب بقاء الأرض ٠

٤ – مؤنة فيها العقوبة [٤] **:** أو شبه العقوبة [٥] ، كالخراج وهو عبارة عن الضريبة المفروضة على الأرض الزراعية حتى تظل في أيدي الكفار ٠

---

(١) سورة الشورى آية : ٤٩ ٠

(٢) سورة فاطر آية : ١٥ ٠

(٣) د ٠ عبد الناصر العطار – السابق ص ٣٩٤ ٠

(٤) انظر : د ٠ محمود بلال – السابق ص ٤٧٧ – ٤٧٨ ٠

(٥) د ٠ عبد الناصر العطار – السابق – الموضع السابق ٠

٥ – **عقوبـــات خالصــة** : وهي الحدود ، كحد الزنا ، والسرقة ، والقتل عمـدا ، وهـي كلها عقوبات لأنها مؤلمة على النفس وشرعت لحفظ الإنسان ، والمال والعرض •

٦ – **عقوبات قاصرة** : كحرمان القاتل من الميراث ، لأن الحرمان غرم لحق القاتل بسبب جنايته ، ونعتت بالقصور لأن القاتل لم يلحقه أذى في بدنه •

٧ – **حقــوق دائــرة بين العبادة والعقوبة** : ككفارة الحنث في اليمين ، وكفارة القتل ، والظهار ، وكفارة الفطر في رمضان ، لأنها تؤدي بما هو عبادة كالصوم والاعتاق والإطعام ، وتجب على الإنسان لارتكابه أفعالا منهيا عنها •

٨ – **حقــوق قائمـــة بنفسها** : أي ثابتة بذاتها ودون أن يكون لها سبب مقصـــود أو فعــل يجب على العبد أداؤه ، ومن أمثلة هذه الحقوق خمس الغنائم الذي يرصد للمصالح العامة ، والكنز •

الثاني : حقوق الإنسان الخالصة :

" حــق الإنســان " العبد " هو ما يتعلق به مصلحة دنيوية خاصة بالفرد دون المجمــوع ، كحرمة مال الغير ، وحق الدية وحق الشفعة ، وحق المشتري في تملك المبيع ، وحق الزواج والطلاق ، وحق كل من الزوجين قبل الآخر في التمتع بالآثار المترتبة على عقد الزواج [١] ••• الخ •

ويســتبين مــن تــلك الأمثلة أن حقوق العباد كثيرة ولا تدخل في نطاق الحصــــر •

---

(١) د • محمود بلال – المصدر السابق ص ٣٨٧ ، ٤٨٨

الثالث : نوع من الحقوق يجتمع فيه حق الله وحق العبد ولكن حق الله غالب فيه :

وقد مثل لـــه الحنفية بحد القذف ، لأنه شرع صيانة لأعراض الناس ، وهو بهذا التعليل يمثل حق الله ، أما حق العبد فيه فيتمثل في دفع الضرر" العار " عن المقذوف وصيانة شرفه وسمعته ؛ [١] ولما كان النفع العام " حق الله " غالب على النفع الخاص " حق العبد " الحق هذا النوع بحق الله .

الرابع : نوع من الحقوق يجتمع فيه حق الله وحق العبد ولكن حق العبد غالب فيه :

وهــذا النوع يعتبر من حقوق العباد كالقصاص من القاتل عمدا عدوانا ، ففيـــه مصلحة خاصة للعبد ، ونفع عام " حق الله " غير أنه لما كانت مصلحة أو حق العبد تغلب " النفع العام " اعتبر هذا النوع من حقوق العباد [٢] .

٥٣ - القسم الثاني : الحقوق باعتبار محلها :

تنقسم الحقوق باعتبار محلها إلى حقوق مالية ، وحقوق غير مالية [٣] .

أولا : الحقوق المالية :

الحق المالي : ما كان المال أو ما يتقوم بالمال محلا له كحق الملكية ؛ " أو هــو " ما يتعلق بالمال كحق الشفعة [٤] ، ولكن هذا التعريف منتقــد - في رأيــنا - لأن كــثيرا مـــن الحقوق كحقوق الله الخالصة التي فيها معنى العبادة

---

(١) حاشية ابن عابدين - الطبعة الثانية - جـ ٣ ص ٢٣٠ .

(٢) انظر في ذلك : التلويح على التوضيح : جـ ٢ ص ١٥٥ ط ١٩٥٧ .

(٣) انظر : د . بلال مهران - المرجع السابق ص ٥٠٢ .

(٤) د . زكــريا البرديسي - التصرف الاسقاطي - بحث بمجلة إدارة قضايا الحكومة - س ١٢ - ١٩٦٨ ص ٤٠٢ .

والمؤنة تتعلق بالمال كالإطعام على من لم يطيقون الصيام ، كالعبادات التي فيها معنى المؤنة كصدقة الفطر إذ هي عبادة متعلقة بالمال ... الخ - وينقسم الحق المـــالي فـــي الفقه الإسلامي إلى حق متعلق - بالعين وإلى حق ثابت في الذمة **والأول** : كحق الملكية [(١)] ، فهو سلطة مباشرة للمالك على الشيء المملوك [(٢)] ، وكحـــق الدائن - المرتهن في حبس المال المرهون لديه توثيقا لاستيفاء حقه من المديـــن الراهن ، **والثاني** : " الحق الثابت في الذمة " وهو عبارة عن : ما يثبت لإنسان على إنسان آخر ، فيكون أحدهما مستحقا أو دائنا والآخر مكلفا أو مدينا ، وهـــو ما يسمى في القانون " بالحق الشخصي " ومثاله حق [(٣)] كل من المشتري والبائع نحو الآخر ، والنفقات التي تجب على الأزواج لزوجاتهم والأغنياء نحو أقاربهم من الفقراء .

ثانيا - الحقوق غير المالية :

وهذا النوع من الحقوق ينقسم إلى قسمين :

أحدهمـــا : الحقوق المتعلقة بالأسرة كحق الحضانة والولاية على النفس وحق الطلاق والزواج.[(٤)] ... الخ .

ثانيهمـــا : الحقوق العامة : " حقوق الإنسان " وهي عبارة عن الحقوق المتعـــلقة بالإنسان باعتباره عضوا في الجماعة الإنسانية ومثالها الحق في الحياة والمحافظـــة عـــلى الـــنفس ، وحق الحرية وحق المساواة ، وحق العدل ، وحق الشورى [(٥)] حق الانتخاب .

---

(١) الفروق للقرافي جـ ٢ ص ١٣٣ ط ١٣٤٤ هـ .

(٢) د . مصطفى الزرقا - السابق ص ١٧ .

(٣) د . أحمد فهمي أبو سنة - المرجع السابق ص ٧١ - ٧٢ .

(٤) انظر في ذلك تفصيلا : د . محمود بلال - السابق ص ٥١٧ - ٥٣٤ .

(٥) انظر في ذلك تفصيلا : د . محمود بلال - السابق ص ٥٣٦ .

٥٣ - حقوق الجماعة في الفقه الإسلامي :

حقـوق الجماعة هي نفس حقوق الله - في تعريفها السابق - إذ هي ما يتعلق به النفع العام من غير اختصاص بأحد في نطاق المعاملات ؛ إلا أن حقوق الجماعة تختلف عن فكرة حقوق الله في أن الأخيرة تشمل ما يتعلق به النفع العام في العبادات والمعاملات ، بينما تقتصر فكرة حقوق الجماعة على ما يتعلق بالنفع العـام فـي المعاملات فحسب [١] ، وترتيبا على المفهوم السابق لحقوق الجماعة يمكن تقسيمها إلى :

أ - حقوق قائمة بذاتها : كالغنائم ٠

ب - حقـوق فيهـا معنى الجزاء الخالص : كالاعدام والاشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة للقاتل مثلا ٠

جـ - حقوق فيها معنى الجزاء القاصر كحرمان القاتل من الميراث ٠

د - حقوق فيها معني المؤنة الخالصة : كضريبة الدفاع والأمن القومي ٠

وهكـذا حتى آخر تقسيم لحق الجماعة الملائم لتقسيم حق الله على النحو السابق بيانه في البند السابق ٠

ويمكن تقسيم حقوق الجماعة على غرار التقسيم الملائم لحقوق الأفراد ، أو عـلى غـرار تقسيم آخر ملائم في فقه القانون الوضعي مادام ذلك لم يحرم حلالا أو يحل حراما ٠

فيمكن تقسيم حقوق الجماعة إلى حقوق سياسية ، وحقوق غير سياسيـة " حقـوق مدنيـة " فحقوق الجماعة السياسية : هي الحقوق المتعلقة بالنفع العام وتباشـر بهـا الجماعة نشاطها السياسي كحق الشورى ، وحق إقامة نظام عادل للحكم ٠

---

(١) د ٠ عبد الناصر العطار - السابق ص ٣٩٦ ٠

وحقــوق الجماعة المدنية : هي الحقوق المتعلقة بالنفع العام وتباشر بها الجماعة نشاطها غير السياسي [١] .

وتنقسم الحقوق المدنية إلى حقوق مالية ، وحقوق غير مالية على نحو ما تحدثنا عنه تفصيلا في البند السابق .

٥٤ - الموازنــة بيـن الفقـه الإسـلامي والقـانـون الوضـعي فـي تقسـيمات الحقوق وأنـواعها :

يســتبين من خلال عرضنا لتقسيمات الحقوق وأنواعها في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي أن كليهما قد عرف التقسيمات المختلفة للحقوق وكل منها ذو طابع مميز في عرض هذه التقسيمات غير أن الفقه الإسلامي يسمو على القــانون الوضعي وفقهه في هذا الصدد من حيث الأسلوب والمنهج ؛ حيث كان أكــثر دقة وأوضح بيانا نظرا لسمو مصدره وهو القرآن الكريم والسنة النبوية ، فمــثلا : تــبين لنا أن فكرة حق الله وحق العبد تعطينا معيارا منضبطا وواضحا للــنفع العــام والنفع الخاص ، وهو معيار يختلف عن معيار فكرة النظام العام : وهو ما يتعلق بالمصالح الأساسية العليا للمجتمع ، وهو معيار يختلف من زمان إلى آخــر ، ومــن مكان إلى آخر ، ومن ثم كانت فكرة " النفع العــــام " والــنفع الخــاص " أضبط عملا من فكرة المصالح الأساسية العليا للمجتمع التي تعــبر عن فكرة النظام العام . هذا فضلا عن التقسيمات المختلفة والمنضبطة - أسلوبا ومعنى - لحقوق الله وحقوق العبد ، وحقوق الجماعة على النحو السالف ذكره .

---

(١) د . عبد الناصر العطار - السابق ص ٣٩٦ .

الباب الثاني

أركـــــان الحــــق

****

٥٥ - تمهيد : بيان أركان الحق :

لكل حق أركان ثلاثة : مضمون الحق ، وصاحب الحق ، ومحل الحق .

أما مضمون الحق : فهو السلطة التي يخولها الحق لصاحبه ؛ فمضمون الحقوق الشخصية هو القدرة على إجبار المدين أو قهر إرادته ؛ ومضمون الحقوق العينية يختلف من حق إلى آخر ، فهو في حق الملكية مثلا استعمال الشيء واستغلاله ، والتصـــرف فيه ، وفي حق الارتفاق سلطة استعمال الشيء استعمالا جزئيا .. الخ ، ولذلك كان بحث مضمون الحق يدخل في دراسة كل حق من الحقوق على حده [١] ، ومن ثم فلا محل له في دراسة الحق بوجه عام ، وهو ما نحن بصدده الآن .

أما صاحب الحق :

فهـــو الشخص الذي يستأثر أو ينفرد بشيء معين أو بقيمة معينة ؛ إذ لا يمكـــن أن يكـــون لـــلحق وجود دون أن يكون له صاحب ، ويقابله الشخص أو الأشـــخاص الذين يقع عليهم ما يقابل هذا الحق من واجبات شخصية أو عامة : فماهية هذا الركن هي دراسة الأشخاص بوجه عام .

أما محل الحق :

فهو يختلف باختلاف نوع الحق ، فهو في الحقوق العينية الشيء المادي الـــذي ترد عليه السلطة المخولة لصاحب الحق ، وفي الحقوق الشخصية إعطاء

---

(١) د . سليمان مرقس – المدخل للعلوم القانونية ط ١٩٦٧ ص ٥١٠ .

الشـــيء ، أو القيـــام بعمل ، أو الامتناع عن العمل الذي يراد إجبار المدين على أدائه .

وإذا كـــنا قـــد بيـــنا أركان الحق أو عناصره على الوجه السابق ، فإننا سنقتصر في هذا الباب على معالجة الركنين الأخيرين فقط وهما " أشخاص الحق ، ومحـــل الحق أو موضوع الحق ، أما الركن الأول " مضمون الحق " فقد سبق أن بينا أن محل دراسته ليست دراسة الحق بوجه عام التي نحن بصددها .

الفصل الأول

أشخاص الحق " الأشخاص "

****

٥٦ – تمهيد وتقسيم:

الشخص في اللغة : هو الفرد أو الإنسان ، أما في القانون فهو كل كائن يتمتع بالشخصية القانونية ، ويقصد بالشخصية القانونية : الصلاحية لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات ، وعلى ذلك فالشخص من الناحية القانونية هو كل ما تتوافر فيه قابلية اكتساب الحقوق وتحمل الواجبات ، والشخصية بهذا المعنى – ويقال لها أهلية الوجوب – تثبت للإنسان من وقت ولادته ، بل قبل الميلاد أحيانا ، كما سنرى وتظل ملازمة له حتى وفاته ، وإذا كانت الشخصية القانونية تثبت في الأصل للإنسان ، وهو ما يطلق عليه الشخصي الطبيعي ، إلا أنها قد تثبت أيضا لغير الإنسان وهو ما يطلق عليه الشخص المعنوي أو الشخص الاعتباري ؛ كالشركات والجمعيات والمؤسسات ؛ وذلك كي تتمكن من أداء دورها الاقتصادي والاجتماعي في المجتمع ، وعلى هذا فسنقسم هذا الفصل إلى مبحثين :

نتكلم في الأول منهما : عن الشخص الطبيعي .

ونتكلم في الثاني عن الشخص المعنوي .

المبحث الأول
الشخـــص الطبيعـــــي (١)

****

٥٧ – خطة البحث :

سـبق أن ذكـرنا أن الشـخص الطـبيعي هو الإنسان ، ودراسة أحكام الشخصية القانونية للإنسان تقتضي تحديد بدء هذه الشخصية ، ونهايتها ، ثم بيان مميـزات أو خصـائص هذه الشخصية ، ثم بيان أحكام الأهلية ، ثم بيان أحكام الذمة المالية ، وعلى ذلك سنعالج في هذا المبحث الأحكام السابقة كل في مطلب مستقل ٠

---

(١) انظر في هذا الموضوع : د ٠ سليمان مرقس – السابق ص ٥١٢ وما بعدها ، د ٠ توفيـق فرج – المدخل للعلوم القانونية ط ١٩٨١ ص ٥٧٩ وما بعدها ، د ٠ جمال الدين زكي – السابق ص ٤٠٦ وما بعدها ، والصدة – السابق ص ٣٩٠ وما بعدها ، د٠ حسـن كيـرة – أصول القانون ص ٧١١ وما بعدها ، د ٠ إسماعيل غانم المدخل ص ١٧٢ وما بعدها ، د ٠ البدراوي – مبادئ القانون ط ١٩٧٠ ص ١٢٦ وما بعدها ، د ٠ شفيق شحاته – النظرية العامة للحق – السابق ص ٤٢ وما بعدها ، د منصـور مصطفى منصور – السابق ص ١٨٥ وما بعدها ، د ٠ جميل الشرقاوي – السابق ص ١٨٥ وما بعدها ، د ٠ عبد الودود يحيى – السابق ٢٣٢ وما بعدها ، د ٠ عـبد الناصر العطار – السابق ص ٢٨٩ وما بعدها ، د ٠ نزيه المهدي السابق ص ٩٢ ومـا بعدها ، د ٠ نعمان جمعة – السابق ص ٣٩٣ وما بعدها ، د ٠ أحمد سلامه – المدخل لدراسة القانون – الكتاب الثاني – نظرية الحق السابق ص ٢١ وما بعدهـا ، د ٠ أنـور سلطان – السابق ص ١٣٦ وما بعدها ، د ٠ محمد عمران – السابق ص ٢١٥ ، د ٠ الغاياتي – السابق ص ٦١ وما بعدها ، د ٠ محمد شكري – السابق ص ١٤٦ وما بعدها ٠

المطلب الأول
بدء الشخصية وانتهاؤها

****

٥٨ – متى تبدأ الشخصية ؟

شخصـــية الإنسان تبدأ بالميلاد ، أي من الوقت الذي ينفصل فيه عن أمه انفصالا تاما وهو حي ، حتى ولو توفى عقب ذلك مباشرة [١] ، وقد نصت على ذلـك المادة ٢٩ / ١ من التقنين المدني المصري بقولها " تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته " .

ويستبين من هذا النص أن يشترط لكي تبدأ شخصية الإنسان شرطان :

١ – تمام ولادته ، أي انفصاله عن أمه .

٢ – أن يولد حيا .

(١) – والمقصـــود بـتمام الولادة هو انفصال الجنين عن أمه انفصالا تامـا بخـروجه كله منها ، فإن خرج أكثره حيا ، ثم مات قبل تمام خروجه فلا يعتبر شخصا وكأنه ولد ميتا ، ومن ثم لا يرث [٢] ؛ وهذا الحكم يتفق مع مذهب المالكيـة ، والشـافعية والحنابلة في هذا الشأن أما الحنفية فيكفي عندهم لثبوت الشخصية أن تثبت ولادة أكثر الجنين حيا .

(٢) – أما القانون الفرنسي فلا يكتفي بولادة الطفل حيا ، بل يشترط – فـوق ذلـك – أن يكـون قابلا للحياة ، أي مستكملا لجميع الأعضاء الأساسية اللازمة لبقائه على قيد الحياة [٣] ؛ ويرى بعض الفقه أن موقف القانون الفرنسي

---

(١) انظـر : د . البدراوي – السابق ص ٣٢٨ ، د . عبد الودود يحيى – السابـق ص ٢٣٣ .

(٢) د . عبد الناصر العطار – السابق ص ٢٩٠ .

(٣) د . عبد الودود يحيى – السابق – الموضع السابق – وانظر كاربونيه – السابـق ص ١٧١ .

مـــنطقيا وملائما في هذا الشأن حيث يواجه حالات واقعية يكون مقطوعا فيها أن المولـــود لـــن يعيش ، ومثال ذلك ولادة طفل ورأسه متضخم جدا وهو ما يسمى باستسـقاء المـــخ ، ففـــي مـــثل هذه الحالة يكون من المستحسن عدم الاعتراف بالشخصية القانونية لكائن مقطوع بأنه لن يعيش غير أننا نرى أن هذا الفقه منتقد عـــلى أســـاس أنـــه لا يمكن لأحد القطع بأن شخصا لن يعيش سوى الله وحده ، خاصة مع التقدم العلمي الذي يشهده العصر الحالي الذي يعالج حالات كانت مثار شك في قابليتها للحياة ٠

وتثـــبت حيـــاة المولـــود بكل ما يدل على الحياة من أعراض وعلامات ظاهرة كالبكاء ، والصراخ والتنفس ، والحركة ٠٠٠ الخ ، وإذا لم يمكن التعر عـــلى الحيـــاة بهـــذه العلامـــات الظاهرة فانه يستعان بأهل الخبرة مثل الأطباء الشرعيين لبيان إذا كان المولود ولد حيا أم ميتا ٠

٥٩ - إثبات واقعة الميلاد :

تنص المادة ٣٠ من التقنين المدني على :

" ١ - تثبت الولادة والوفاة بالسجلات الرسمية المعدة لذلك ٠

٢- فـــإذا لم يوجد هذا الدليل أو تبين عدم صحة ما أدرج بالسجلات ، جاز الإثبات بأية طريقة أخرى" ٠

كمـــا تنص المادة ٣١ من نفس التقنين على أن " دفاتر المواليد والوفيات والتبليغات المتعلقة بها ينظمها قانون خاص" ٠

والقانون الذي ينظم هذا الموضوع هو قانون الأحوال المدنية رقم ٢٦٠ لسنة ١٩٦٠ المعدل بالقانون رقم ١١ لسنة ١٩٦٥ ٠

وقـد أوجب هذا القانون على والد الطفل الذي يولد ، ثم على من حضر ولادته من أقاربه البالغين الذكور ، ثم الإناث : إبلاغ مكتب الصحة المختص أو العمـدة عن واقعة الميلاد خلال ثمانية أيام من تاريخ الولادة ، كما أوجب على آباء المتوفى أو أبنائه أو زوجه أو أقاربه البالغين الذكور ثم الإناث إبلاغ مكتب الصحة المختص أو العمدة عن واقعة الوفاة خلال ٢٤ ساعة من تاريخ حصولها ويبـلغ العمـدة مكـتب الصحة المختص ، وتبلغ مكاتب الصحة السجل المدني بالمواليد والوفيات ٠

ويعطي لمن يبلغ عن الميلاد مستخرج من السجلات يتضمن صورة من القيـد الـذي أجرى في السجل [١] ؛ وهذا المستخرج " شهادة الميلاد " هو الذي يقدمـه عادة لإثبات الميلاد ، وعلى ذلك تعتبر السجلات الرسمية المعدة لإثبات الولادة أو الوفاة هي الدليل على حدوث تلك الولادة أو الوفاة ٠

غيـر أن ذلك ليس هو السبيل الوحيد لإثبات واقعة الميلاد أو الوفاة ؛ إذ إن كـلا مـنهما واقعـة مادية يمكن إثباتها بكافة الطرق بما فيها البينة " شهادة الشهود " ؛ ومن ثم فالولادة أو الوفاة تثبت بشهادة الطبيب أو القابلة التي أشرفت عـلى الولادة أو الحانوتي الذي باشر الدفن ، أو محضر الحادثة التي توفى فيها الشـخص ٠٠٠ الـخ ، ويعاقب على مخالفة الأحكام السابقة بغرامة لا تقل عن جنيه ولا تزيد عن عشرة جنيهات ٠

وإذا كـانت شخصـية الإنسان تبدأ – كقاعدة عامة – بتمام ولادته حيا وتنـتهي بوفاته ، إلا أن لهذه القاعدة استثناءات أهمها : الجنين والمفقود ، إذ لا تنقضي شخصيته القانونية إلا عند الحكم بموته ٠

---

(١) انظـر فـي ذلك : د ٠ البدراوي – السابق ص ٣٢٨ ، د ٠ عبد الناصر العطار – السابق – د ٠ نعمان جمعة – السابق ص٣٩٧ ٠

٦٠ – شخصية الجنين " الحمل المستكن " :

تنص المادة ٢٩ / ٢ من التقنين المدني المصري على أن " حقوق الحمل المستكن يعينها القانون " .

ويستبين من هذا النص أنه إذا كانت القاعدة أن شخصية الإنسان لا تبدأ إلا بتمام ولادته حيا – على نحو ما أسلفنا – إلا أن الشارع قد أورد عليها استثناء هاما ، واعترف للجنين " الحمل المستكن " بشخصية محدودة يثبت له بمقتضاها بعض الحقوق [1]، وهي تلك الحقوق التي يعينها له القانون، وبالرجوع إلى أحكام القانون المصري يتضح أنه أثبت للجنين الحقوق الآتية [2] .

١ – الحق في ثبوت نسبة لأبيه وهذا حق طبيعي له ، والمرجع تنظيمه أحكام الشريعة الإسلامية ، وما صدر في هذا الموضوع من قوانين .

٢ – يثبت للجنين الحق في الميراث من مورثه [3] حيث تنص المادة ٤٣ من قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ على أنه " يوقف للحمل من تركه المتوفى أوفر النصيبين على تقدير أنه ذكر أو أنثى " فيفترض في الجنين أنه ذكر حيث تكون له مصلحة في ذلك ؛ فإذا تبين بعد الولادة حيا أن الجنين أنثى فإنه تأخذ نصيبها ، ويرد القدر الزائد إلى من يستحقه من الورثة ؛ وكذلك إذا ولد الجنين ميتا لم يستحق ذلك النصيب الموقوف ، وارتد الموقوف من أجله إلى من كانوا يستحقونه من الورثة ، أما إذا نزل الجنين حيا ثم توفى فور ولادته ، فإن

---

(١) د . محمود جمال الدين زكي – السابق ص ٤١٠ ، د . توفيق فرج – السابق ص ٥٨٣ .

(٢) انظر : د . البدراوي – السابق ص ٣٢٨ ، د . نعمان جمعة – السابق ص ٢٩٨ وما بعدها .

(٣) انظر : المادتان ٤٢ ، ٤٤ من القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ .

الميـــراث المحجوز له يدخل في ذمته ، ثم يوزع بعد ذلك على ورثته [١] هو لا ورثة المتوفى الأصلي ٠

٣ – يثبت للجنين الحق في الوصية التي أوصى لــــه بهــــا الغير ، وقـــد بين قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ الأحوال التي تصح فيها الوصية للحمل ، وقرر هذا القانون أن غلة الموصي به توقف إلى أن ينفصل الحمل حيا فـــتكون له ، ويقوم من له الولاية على ماله بقبولها بعد أذن المحكمة ، فإذا ولد الجنين ميتا فإن ما أو وصى لـــه به يرد إلى ورثة الموصي ، أما إذا ولد حيا ثم مـــات بعد ولادته فإن مقدار الوصية يعد تركة له توزع على ورثته هو لا على ورثه الموصي ٠

٤ – يثــبت للجنين الحق فيما يشترط لصالحه في عقد اشتراط لمصلحة الغير كتأمين الزوج على حياته لمصلحة من سينجبهم من الأولاد [٢] ٠

٥ – يثـــبت لــــه الحق في اكتساب جنسية والده ، إذ الولد يتبع أباه في الجنســـية ، وهـــو يكتســـبها بناء على حق الدم الذي يأخذ به المشرع الوضعي المصـــري [٣] كأصل لكسب الجنسية ؛ ويلاحظ أن الحقوق السابقة جميعها والتي تثـــبت للجـــنين هـــي حقوق لا تحتاج إلى قبول بما فيها الوصية ، إذ القبول في الوصـــية ليس ركنا فيها أو شرطا لصحتها وإنما هو شرط للزومها فقط ، أما ما يحتاج إلى قبول كالهبة فقد ثارت خلافات في الفقه حول مدى احتياجها للقبول من

(١) انظـــر : د ٠ نزيه المهدي – السابق ص ٩٣ ، د ٠ سليمان مرقس – السابــــق ص ٥١٨ ٠

(٢) انظـــر : د ٠ محمـــد شكري سرور – السابق ص ١٤٨ ، د ٠ عبد الودود يحيى – السابق ص ٢٣٤ ٠

(٣) انظر : د ٠ البدراوي – السابق ص ٣٢٩ ٠

عدمه ؛ فذهب رأي [١] إلى أن اعتراف القانون للجنين بالشخصية قبل ولادته أمر جاء على سبيل الاستثناء ، ومن ثم فهذه الشخصية لا تعطي له إلا أهلية وجوب محددة ، فصلاحيته لاكتساب الحقوق قاصرة على الحقوق التي لا يشترط لثبوتها القبول كالميراث ، والوصية ؛ أما إذا كان اكتساب الحقوق يتوقف على القبول ، كالهبة - لأنها لا تنعقد إلا بالإيجاب والقبول - فإنه لا يصلح لاكتسابها ، وهذا هو ما تقرره مبادئ الشريعة الإسلامية في هذا الشأن .

بينما ذهب الرأي الأخر في الفقه المصري [٢] إلى القول بأن الجنين تثبت له صلاحية اكتساب كافة الحقوق النافعة له نفعا محضا دون تفرقة بين ما يشترط القبول لثبوته كالهبة ، وبين ما لا يشترط فيه ذلك حيث ينوب عنه الوصي في هذا القبول وذلك بالنظر لما أجازه قانون الولاية على المال [٣] للأب أو للمحكمة من اختيار أو تعيين وصي على الجنين يمكن أن يقبل هذه الحقوق عنه .

ونحن نرى أن الرأي الأول هو الأولى بالقبول ، لأن أهلية الوجوب الخاصة بالجنين - والتي بمقتضاها يثبت الحق في الميراث للجنين ، وبمقتضاها

---

(١) د . توفيق فرج - السابق ص ٥٨٤ وما بعدها . د . شمس الدين الوكيل - السابق ص ٢٥ ، د . البدراوي - السابق ص ٣٣٠ ، د . سليمان مرقس - السابق ص ٥١٧ ، د . عبد الفتاح عبد الباقي ، السابق ص ٦٣ وما بعدها ، د . جميل الشرقاوي ط ٧٠ ص ٧١ ، ٧٢ .

(٢) د . إسماعيل غانم - محاضرات في النظرية العامة للحق ص ١٧٣ ، ١٧٤ ، د . حسن كيرة - السابق ص ٧٢٢ وما بعدها ، د . شفيق شحاته - السابق ص ٤٤ .

(٣) القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ .

أجـــاز القانون للوصي على الجنين قبول الوصية - واردة على خلاف الأصل ، فهـــي لا تثبت لـــه إلا في الأحوال التي يرد بها نص في القانون ، وبالتالي فهي أهلية استثنائية لا يصح التوسع فليها ولا القياس عليها ، فإذا اقتصرت النصوص على الاعتراف للحمل المستكن بصلاحيته للإرث ولتلقي الوصية ، فلا يجوز مد هذه الصلاحية إلى غير ذلك من الحقوق ، فإذا كانت النصوص لا تعترف للجنين إلا بأهـلية وجـــوب إلا فيمـــا يتعلق بحق الإرث ويحق تلقي الوصية فإن مهمة الوصـــي الذي يعين له تكون مقصورة على المحافظة على المال الذي يؤول إلى الجـــنين بحكـــم القانون ، ولذلك كانت الشريعة الإسلامية لا تسمى الوصي الذي يعيـــن للحمل المستكن- وصيا بل تسميه أمينا على حفظ أموال الجنين في أثناء مـــدة الحمل ولا تعترف له بولاية إلا من وقت ولادة الجنين ، ومن ثم لا يصح القـــول بأن لوصي الحمل المستكن في أثناء مدة الحمل أن يقبل هبة موجهة إلى ذلك الحمل [1] .

وأخيرا : فإننا ننبه إلى أن كسب الجنين للحقوق السابقة يكون معلقا على شرط واقف هو تمام ولادته حيا ، فإذا تحقق هذا الشرط تثبت للجنين تلك الحقوق وإذا تخـلف الشـــرط بوفاتـــه قـــبل ولادته أو وقت انفصاله عن أمه : اعتبرت شخصيته - وتبعا لها حقوقه - كأن لم تكن أصلا [2] أي أنها تزول بأثر رجعي ،

---

(١) د ٠ ســـليمان مـــرقس - السابق هامش ص ٥١٧ ، د ٠ توفيق فرج - السابق ص ٥٨٦ ، د ٠ عـــبد الـــودود يحيى - السابق ص ٢٣٥ ، د ٠ محمد شكري سرور - السابق ص ١٤٩ هامش ٩ ، د ٠ جمال زكي - السابق ص ٤١٠ ، د ٠ البدراوي - الموضع السابق ٠

(٢) د ٠ جمـــال زكـــي ص ٤١١ ، د ٠ عبد الودود - السابق ص ٢٧٦ ، د ٠ سليمان مرقس - السابق ص ٥١٨ ، د ٠ محمد شكري - السابق ص ١٤٩ ٠

ويعتبر الجنين كأنه لم يكسب منها شيئا ، فيرد ما حجز له إلى مستحقيه من ورثة المتوفى الأصلي ٠

٦١ - نهاية الشخصية :

تنتهي شخصية الإنسان عادة بموته ، وقد نصت على ذلك المادة ٢٩ /١ من التقنين المدني المصري بقولها " تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته " والوفاة كالميلاد واقعة مادية يمكن إثباتها بكافة الطرق [1] ؛ بيد أنه نظرا لأهمية وقت تعيين الوفاة تعيينا دقيقا لما يترتب على تعيينه من آثار - وخاصة فيما يتعلق بالميراث والوصية - أوجب المشرع الوضعي بمقتضى قانون الأحوال المدنية رقم ٢٦٠ لسنة ١٩٦٠ في المادة ٢٩ منه وما بعدها على ذوي الشأن التبليغ عن الوفاة إلى مكتب الصحة في الجهة التي حدثت فيها الوفاة ، أو الجهة الصحية التي يحددها وزير الصحة ، أو إلى العمدة ، وذلك خلال ٢٤ ساعة من حصول الوفاة ، وعلى العمدة أخطار مكتب الصحة فور تبليغه بالوفاة ، ويجب على مكتب الصحة أو الجهة الصحية أن ترسل التبليغات إلى مكتب السجل المدني المختص خلال ثلاثة أيام من تاريخ تلقيها لقيدها بسجل الوفيات ، ويجب على أمين السجل المدني أن يتحقق من شخصية المتوفى قبل قيد الواقعة ، ويقع واجب التبليغ عن الوفاة على أصول المتوفى أو فروعه أو أزواجه ، ثم على من حضر الوفاة من أقارب المتوفى البالغين الذكور ، ثم الإناث الأقرب درجة إلى المتوفى ثم على من يقطن معه في سكن واحد ٠٠٠ ثم على العمدة ، ثم على الطبيب المكلف بإثبات الوفاة ٠

ويجب أن يشتمل التبليغ عن الوفاة على بيان يوم الوفاة وتاريخها وساعتها ومحلها ، واسم ولقب المتوفى ، ونوعه ، وجنسيته ، وديانته وصناعته، وسنه ، ومحل وتاريخ ولادته ٠٠٠ الخ ٠

---

(١) المادة : ٣٠ مدني مصري ٠

وعلى أمين السجل المدني أن يحرر شهادة الوفاة على النموذج المعد لذلك ، وتسليمها إلى طالبها بعد التحقق من شخصيته ، وذلك بغير رسوم .

وإذا كانت القاعدة أن شخصية الإنسان تنتهي بوفاته إلا أنها تبقى حكما ، أي أنها تمتد امتدادا اعتباريا طوال المدة التي تستغرقها تصفية التركة أو سداد الديون ، نزولا على أحكام الشريعة الإسلامية التي تقرر أنه " لا تركة إلا بعد سداد الديون بمعنى أن أموال المتوفى لا تنتقل إلى ورثته إلا بعد الوفاء بديونه فتبقى هذه الأموال على حكم ملكه دون تنفيذ التزاماته وانتقال ما بقى منها إلى ورثته وإلا كانت في هذه الفترة سائمة [١] .

وهذا هو ما أخذ به التقنين المدني المصري حين نصت المادة ١/٨٧٥ منه على أن " تعيين الورثة وتحديد أنصبائهم في الإرث وانتقال أموال التركة إليهم تسرى في شأنها أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنها .

ثم حسنا فعل المشرع الوضعي المصري حين نص على مبدأ " ألا تركة إلا بعد سداد الديون" وقد نصت المادة ٨٩١ مدني على هذا المعنى بقولها " بعد تنفيذ التزامات التركة يؤول ما بقى من أموالها إلى الورثة كل بحسب نصيبه الشرعي ، فتطبيق القاعدة الشرعية المعروفة التي تقضي بأنه لا تركه إلا بعد سداد الديون هي قاعدة – رشيدة تفصل ما بين شخصية المورث وشخصية الوارث [٢] ، ونحن لا نرى ما ذهب

---

(١) انظر : د . محمود جمال الدين زكي – السابق ، د . سليمان مرقس – السابق ص ٥١٩ .

(٢) انظر : مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٦ ص ٢٠٠ ، وانظر في هذا الموضوع في الشريعة الإسلامية الشيخ : على الخفيف ، تأثير الموت في حقوق الإنسان والتزاماته ، مجلة القانون والاقتصاد س ١٠ العددان الخامس والسادس ص ١٠ وما بعدها ، والشيخ أحمد إبراهيم : التركة والحقوق المتعلقة بها والمواريث – مجلة القانون والاقتصاد س ٧ ع ٣ ص ٣٧٠ ، ٣٧١ ، ونقض مدني في ١٩٦٥/٣/٢٥، مجموعة أحكام النقض ١٦ – ٣٨٤ – ٦١ .

إليه بعض الفقه المصري [١] من أن التركة تنتقل إلى الورثة بمجرد الوفاة بما لها أو عليها : أي أن التركة تؤول فور الوفاة إلى الورثة مثقلة بحقوق الدائنين ، كل ما هنالك أن الوارث لا يسأل عن الديون التي على التركة إلا في حدود الأموال الموروثـة ، فهـو رأي منتقد لمخالفة صريح وصحيح أحكام الشريعة الإسلامية والمنطق القانوني الصحيح .

٦٣ - انتهاء الشخصية بالموت الحكمي - المفقود :

سبق أن ذكرنا أن الموت الطبيعي هو نهاية الشخص عادة ، وإلى جانب الموت الطبيعي يوجد ما يسمى " بالموت الحكمي " وهو ما يتعلق بمركز المفقود والمفقـود : هو الشخص الذي غاب عن موطنه أو محل إقامته وانقطعت أخباره بحيث لا تعرف حياته أو مماته .

وعلى هذا فالمفقود يعتبر في حكم الميت ، أي تنتهي شخصيته حتى ولو لم تثبت وفاته بدليل يقيني وذلك إذا توافرت شروط معينه .

ويختلف المفقود عن الغائب : في أن الأخير هو كل من هجر موطنه أو محـل إقامته راضيا أو مرغما ولو كانت حياته محققة وذلك متى حالت ظروف قاهرة دون إدارة شئونه بنفسه أو بوكيل عنه مدة تزيد على سنة وترتب على ذلك أن تعطلت مصلحة أو مصالح غيره [٢] .

---

(١) د . عبد الودود يحيى - السابق ص ٢٣٧ ، د . محمد شكري سرور - السابق ص ١٥٣ ، د. حسن كيرة - السابق ص ٧٢٨ - ٧٤١ ، د . إسماعيل غانم - السابق ص ١٧٤ ، ١٧٥ ، د . شفيق شحاته - السابق ص ٣٥ - ٤٦ .

(٢) انظر في ذلك : د . عبد الودود يحيى - السابق ص ٢٣٨ ، د . سليمان مرقس - السابق ص ٥٢١ ، د . توفيق فرج - السابق ص ٥٩٢ ، د . جمال زكي - السابق ص ٤١٤ ، د . البدراوي ص ٣٣١ ، د . نعمان جمعة - السابق ص ٤٠٦ ، د . نزيه المهدي - السابق ص ٩٦ ، د . عبد الناصر العطار - السابـــق ص ٢٩٣ ، د . محمد شكري سرور - السابق ص ١٥٣ .

فالغـــائب لا يعـــد مفقودا ، ومن ثم لا أثر لغيابه على شخصيته القانونية وكـــل مـــا فـــي الأمر أن غيابه قد يؤدي إلى استحالة مباشرة مصالحه ، فتقيم المحكمة وكيلا عنه يتولى مباشرة هذه المصالح أثناء غيابه .

ويتضـــح مما سبق : أن مفهوم الغيبة أوسع من مفهوم الفقد ، فكل مفقود يعتـــبر غائـــبا ، ولكن لا يعتبر كل غائب مفقودا ، فالفقد يعتبر حالة من حالات الغيبة ، وما يهمنا هنا هو المفقود الذي يجوز الحكم باعتباره ميتا وبالتالي انتهاء شخصيته حتى ولو كان حيا في الواقع ، وهذا ما سنبينه تفصيلا في البند التالي .

٦٣ - أحكام المفقود في القانون المصري :

أشـــرنا ســـابقا إلى أن المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف ما إذا كان حيا أم ميتا ، وقد نصت المادة ٣٢ مدني مصري على أن " يسرى في شأن المفقـــود والغـــائب الأحكـــام المقـــررة في قوانين خاصة ، فإن لم توجد فأحكام الشريعة الإسلامية " والمقصود بالقوانين الخاصة القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ، والقـــانون رقـــم ٢٥ لســـنة ١٩٢٩ ، المعدل بالقانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٥٨ ، والقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ ، وقد تضمنت هذه القوانين أحكاما كثيرة بشأن المفقود .

وفـــي ضـــوء نصـــوص هذه القوانين المنظمة لأحكام المفقود : نجد أن المركز القانوني للمفقود يتحدد من خلال المراحل الثلاث الآتية :

أ - المرحلة الأولى : مركز المفقود قبل الحكم بموته :

فـــي الفـــترة بين بدء غياب المفقود وبين الحكم بموته ، تكون شخصية المفقـــود مشكوكا فيها طوال مدة فقده ، فلا يعـــرف أهو حي أم ميت ، ولذلك يفترض أصلح الأمرين له ، أي أنه حي ، ويترتب على ذلك :

١ – يبقى ماله على ذمته ولا يقسم بين الورثة لاحتمال ظهـــــوره يومـــا ، ويعيـن له وكيل يحصي أمواله ويديرها ، ويضم إيرادها إلى أصلها ، فـــالمفقود فـــي هذا الفرض يعتبر حيا في حق الأحكام التي تضره وتترتب على ثبوت موته ٠

٢ – يعتـــبر المفقـــود ميـــتا في حق الأحكام التي تنفعه ، وتضر غيره وتـــترتب عـــلى ثـــبوت حياته ، ويتفرع على ذلك أن المفقود يوقف نصيبه من الميراث والوصية حتى تتأكد حياته فيرث ، أو يتأكد موته فيحرم من الميراث ، قياســـا عـــلى حالـــة الجنين ، فإذا ظهر المفقود حيا استحق هذا الميراث أو تلك الوصـــية ، أمـــا إذا تأكدت وفاته ، فإن ما كان موقوفا له من ميراث أو وصية يوزع على مستحقيه الأصليين ٠

٣ – تـــبقى زوجـــته على ذمته ، ولا تستطيع الزواج بغيره إلا إذا كان غياب هذا الزوج عنها دون عذر مقبول لمدة تزيد على سنة وكانت تتضرر من ذلـــك ، فلها أن تطلب من القاضي تطليقها طلقة بائنة حتى ولو كان للزوج مال تستطيع الإنفاق منه على نفسها ٠

ب – المرحلة الثانية : مركز المفقود بعد الحكم بثبوت وفاته :

إذا كـــان من غير المعقول أن يظل المركز القانوني للمفقود معلقا إلى ما لا نهاية ، فإن منطق الأمور يقضي بأن المفقود إذا لم يظهر في خلال مدة معينة فإنه يحكم بثبوت وفاته ، ويترتب على هذا الحكم اعتبار المفقود ميتا ٠

ولكن متى يحكم باعتبار المفقود ميتا ؟

نفرق بين حالتين :

الحالة الأولى :

حالة غياب المفقود في ظروف يغلب فيها هلاكه ، مثل فقدانه في حرب، أو فـــي كارثة كزلزال ، أو فيضان ، أو حادث سقوط طائرة ، أو في رحلة في الصـــحراء بين الغابات والأدغال ، ففي هذه الحالة يحكم القاضي بموت المفقود بعـد أربع سنوات من غيابه على الأقل من تاريخ فقده ، وبناء على طلب ذوي الشـأن [١] ، وإذا كـان المفقود من أفراد القوات المسلحة ، وفقد أثناء العمليات الحـربية ، فإن وزير الحربية هو الذي يصدر قرارا باعتباره ميتا بشرط مرور أربع سنوات على فقده ، ويقوم هذا القرار مقام الحكم " م ١٢١ / ١ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدلة بالقانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٥٨ " ٠

الحالة الثانية :

حالـة غيـاب المفقود في ظروف لا يغلب فيها الهلاك مثل سفر المفقود لطـلب العلم ، أو التجارة ، أو السياحة ، أو العمل في بلد أجنبي ويطول غيابه وتـنقطع أخـباره ، ففـي هذه الحالة يفوض أمر المدة التي يحكم على المفقود باعتـباره ميتا بعدها إلى تقدير القاضي وبديهي يجب ألا تقل هذه المدة عن أربع سنوات ، وهي مدة موت المفقود في حالة يغلب عليها الهلاك على نحو ما سبق في الحالة الأولى ٠

وفـي الحالـتين لا يجوز الحكم بموت المفقود إلا بناء على طلب ذوي الشأن ، ويجب على القاضي ألا يحكم بموت المفقود إلا بعد التحري عنه بجميع

---

(١) انظـر : د ٠ سليمان مرقس – السابق ص ٥٢٤ ، د ٠ توفيق فرج – السابـق ص ٥٩٣ ، د ٠ عـبد الناصر العطار – السابق ص ٢٩٤ ، د ٠ نزيه المهدي – السابق ص ٩٨ ، د ٠ عبد الودود يحيى – السابق ص ٢٣٩ ، د ٠ نعمان جمعة – السابق ص ٤٠٩ ، د ٠ البدراوي – السابق ص ٣٣٤ ٠

الطـــرق الممكنة التي من شأنها معرفة حياة المفقود من مماته ، ويترتب على ما سـبق أن صاحب الشأن يستطيع أن يطلب من القاضي الحكم بموت المفقود قبل مضي أربع سنوات بشرط أن يقيم الدليل في هذه الحالة على وفاته طبقا للقواعد العامة .

ومتى حكم بموت المفقود اعتبر ميتا من وقت الحكم ، وتنتهي شخصيته القانونيـــة ؛ والموت هنا " موت حكمي " بحكم القضاء ، لأنه غير متيقن فعلا ؛ بدليـــل أن المفقـــود قد يظهر حيا بعد الحكم بموته ، ويترتب على الحكم بموت المفقـــود – سواء كان الحكم بناء على ظروف يغلب فيها هلاكه أم لا يغلب فيها هلاكه – الآثار الآتية :

١ – يعتـــبر المفقود ميتا بالنسبة لماله من يوم الحكم ، فتقسم تركته على ورثته الموجودين وقت صدور الحكم ، أما من مات منهم في الفترة ما بين تاريخ الفقـــد ، وتاريخ الحكم ، فلا يرث ؛ لأن العبرة في الميراث بتحقق حياة الوارث في الوقت الذي تأكد فيه موت المورث .

٢ – تعـــتد زوجة المفقود عدة الوفاة من يوم صدور الحكم وتستطيع أن تتزوج بعد انقضاء العدة بغيره ، والعدة هنا أربعة أشهر وعشرة أيام " (١) .

٣ – يعتبر المفقود ميتا بالنسبة لمال غيره من تاريخ الفقد فإذا كان قد آل إلى المفقـــود ميراث مثلا في المدة بين فقده والحكم – أو القرار – بموته ، فإن هـــذا الميراث لا يؤول إلى ورثة المفقود ، وأنما يعود نصيبه الذي أوقف له من الميـــراث إلى من كانوا مستحقين لـــه من الورثة وقت موت مورثهم ، وكأنه لم يحجـــز لـــلمفقود " م ٤٥ من قانون المواريث " ؛ وكذلك ترد الوصية الموقوفة للمفقود إلى ورثة الموصى .

---

(١) المادة : ٢٢ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ .

جـ - المرحلة الثالثة : مرحلة ظهور المفقود حيا بعد الحكم بموته :

إذا ظهر المفقود حيا ، أو عاد إلى وطنه بعد الحكم أو صدور القرار بموته فإن أموره تسوى على الوجه الآتي (١) :

١ - يسترد شخصيته القانونية .

٢ - تعود إليه زوجته ، ما لم تكن قد تزوجت بغيره ، أو دخل بها غير عالم بحياة الأول ، وإلا فإنها تبقى لزوجها الثاني ، أما إذا كان الزوج الثاني قد عقد عليها ولم يدخل بها ، فإنها تعود إلى زوجها الأول ، ويفسخ عقد الثاني ، كما أنها تعود إلى زوجها الذي ظهرت حياته ويفسخ عقد الثاني ، إذا كان الزوج الثاني قد تزوجها ، وهو يعلم حياة الزوج الأول المفقود ، أو كان قد عقد عليها في خلال فترة العدة لأن ذلك يعد دليلا على سوء نيته ، فيعامل بخلاف مقصودة .

٣ - يسترد ما بقى من أمواله في أيدي ورثته وقت ظهوره ولا يرجع عليهم بما استهلكوه منها أو تصرفوا فيه ، لأنهم قد تملكوا هذه الأموال بحكم القاضي فلا يضمنون ما تصرفوا فيه منها .

٤ - ما كان موقوفا لأجله من إرث أو وصية ثم رد إلى مستحقيه بعد الحكم أو القرار بموت المفقود ، يعود إلى المفقود بعد ظهوره حيا غير أنه لا يأخذ منه إلا ما كان باقيا في أيدي ورثة المورث أو الموصى ؛ أما ما تصرفوا فيه فلا ضمان له .

---

(١) انظر في ذلك : د . عبد الرازق فرج - نظرية الحق ص ٤٦ ، د . سليمان مرقس - السابق ف ٤٥ ، د . إسماعيل غانم- المرجع السابق ص ١٧٥ وما بعدها ، د . منصور مصطفى منصور - السابق ص ١٠٦ وما بعدها .

المطلب الثاني
خصائص الشخصية
****

٦٤ - تعريف وتقسيم :

خصائص الشخصية نعني بها تلك الصفات أو الميزات التي تميز كل شخص عن الآخرين (١) ، وخصائص الشخصية القانونية يمكن إجمالها في ثلاث هي :

حالة الشخص ، واسمه ، وموطنه ، وسنعالج كل واحدة من هذه الخصائص في فرع مستقل ٠

الفرع الأول
الحالة : Létat de la personne
****

٦٥ - المقصود بالحالة :

يقصد بالحالة : مجموعة الصفات التي يعتد بها القانون في الشخص ليرتب عليها آثارا قانونية معينة (٢) ٠

ويستبين من هذا التعريف أن حالة الشخص المدنية تتضمن مركز الشخص من الناحية السياسية بالنسبة لانتمائه إلى دولة معينة ، والشخص بالنسبة لهذه الحالة إما أن يكون من الأجانب ، وأما أن يكون من الوطنيين ، ولذلك يعبر عن هذا العامل بعامل الجنسية ، كما أن حالة الشخص تتضمن صلة الشخص بالأسرة التي ينتمي إليها وهذا ما يعبر عنه بالحالة العائلية أو الأسرة ٠

---

(١) انظر : د ٠ توفيق فرج - السابق ص ٥٩٩ ، د ٠ نزيه المهدي - السابق ص ١٠٠

(٢) انظر : د ٠ نزيه المهدي - السابق ص ١٠١ ٠

وأخيــرا فــإن هناك الحالة الدينية للشخص من حيث الدين الذي يعتنقه ، إذ أن القانون يعتد بالحالة الدينية للأشخاص في بعض الأمور .

وتأسيســا عــلى مــا سبق فإن عناصر الحالة هي : الجنسية ، والأسرة والدين ، وهو ما سنتحدث عنه فيما يلي :

٦٦ - أولا - الحالة السياسية "الجنسية" :

الحالــة السياســية للشــخص تتحدد بجنسيته ، والجنسية هي : انتساب الشــخص إلى دولة معينة [١] تجعله عضوا فيها ، فالجنسية هي الجانب السياسي للحالة ، حيث تفيد انتماء الشخص إلى جماعة سياسية أو إلى دولة معينة ، ولذلك يعــرفها فقه القانون الدولي الخاص [٢] بأنها " التبعية السياسية التي تربط الفرد بدولة معينة " ؛ وللجنسية أهمية بالغة في تحديد حقوق الشخص وواجباته ، ذلك أن معظــم القوانيــن في العالم لا تسوي بين مركز الوطنيين ومركز الأجانب ، فــالحقوق السياسية - كما أشرنا سابقا - كحق الترشيح وحق الانتخاب ، وحق تولــي الوظائف العامة لا يتمتع بها في الأصل سوى الوطنيون دون الأجانب ، فضلا عن أن بعض الواجبات كواجب أداء الخدمة العسكرية يلتزم به الوطنيون فقط دون الأجانب .

أما الحقوق العامة - وهي ما تسمى بالحريات العامة - فإن قـــواعد القــانون الدولي العام تقضي بضرورة منحها للأجانب كالوطنيين تمامـــا ، إلا

---

(١) انظــر في هذا الموضوع : د . عبد الودود يحيى - السابق ص ٢٤٤ ، د . توفيق فرج - السابق ص ٥٩٩ وما بعدها ، د . عبد الناصر العطار - السابق ص ٢٩٩ ، د . الــبدراوي - السابق ص ٣٤١ ، د . نعمان جمعة - السابق ص ٤١٢ ، د . شكري ص ١٦٦ ، د . جمال زكي - السابق ص ٤٢٦ .

(٢) د . عز الدين عبد الله - القانون الدولي الخاص - الطبعة الثالثة جـــ ١ بند ٥٣ .

أن القـــانون الدولــي يعــترف للدولة بحقها في تقييد بعض هذه الحقوق بالنسبة للأجــانب [١] إذا كــان أمن الدولة ومصلحتها العليا تقتضى هذا التقييد ، ومن ثم فيجـــوز لـــلدولة – كما هو الحال في مصر – أن تحرم على الأجانب ممارسة بعــض المهــن ذات الأهمية الخاصة كمهنة الطب أو المحاماة أو المحاسبة كما يجوز لها أن تفرض قيودا على تنقلهم في أقليم الدولة .

وأمـــا بالنســبة لـــلحقوق المالية فالأصل أن للأجنبي حق التمتع بها إذ يســتطيع أن يباشر التصرفات القانونية التي تنشئ حقوقا مالية ، كما أن له حق تمــلك العقــارات ، والمنقولات ، ولكن نظرا لأهمية الملكية العقارية فإن بعض الــدول ومــن بينها مصر تحرم على الأجانب تملك العقارات أو بعض أنو ا كالأراضي الزراعية مثلا إلا في حدود معينة وبشرط محددة .

والجنسية في مصر شأنها في ذلك شأن معظم التشريعات في العالم تتنوع إلى نوعين :

أ – الجنسية الأصلية : وهي تلك التي تثبت مع مولد الشخص ، فجنس الشخص تترتب على الميلاد وتكون مفروضة على الشخص [٢] ، وهذه الجنسية تقوم على أحد أساسين :

الأول : حــق الــدم : ويسميها البعض " جنسية الأبوة " وبمقتضى هذا الأســـاس تمنح الدولة جنسيتها لكل من يولد لأشخاص يتمتعون بجنسيها ، أي أن المولود يعطي جنسية أبيه أو أمه دون أي شروط أخرى .

---

(١) د . عبد الودود يحيى – السابق ص ٢٤٥ .

(٢) انظر : د . البدراوي – السابق ص ٣٤٩ .

الثاني : حق الأقليم : وهو يعني أن جنسية الدولة تعطي لكل من يولد على إقليمها ، دون اعتبار لجنسية والديه ، وتأخذ الدول قليلة السكان بهذا الأساس لرغبتها في تسهيل اكتساب جنسيتها ، وهي بذلك تسمى الدول المستوردة للرجال ، أما اكتساب الجنسية على أساس حق الدم ، فتأخذ به الدول المكتظة بالسكان لرغبتها في تصدير الفائض من سكانها إلى الدول الأخرى .

ولا ريب أن رابطة الدم أقوى من رابطة الميلاد على الإقليم ، فقد يحدث أن يقع الميلاد مصادفة على إقليم الدولة فضلا ؛ عن أن رابطة الدم تضمن الولاء للوطن أكثر من مجرد الميلاد على إقليم الدولة (١) ، ولهذا أخذ القانون المصري كقاعدة عامة بحق الدم كأساس لثبوت الجنسية الأصلية ، فقرر في المادة الثانية من القانون ٨٢ لسنة ١٩٥٨ أن يتمتع بالجنسية المصرية كل من ولد لأب يتمتع بهذه الجنسية ولو وقع الميلاد خارج الإقليم ، إلا أن المشرع الوضعي المصري لاحظ عدم إمكان الأخذ بحق الدم في بعض الحالات مما يؤدي إلى انعدام الجنسية لبعض الأشخاص ، فقرر الأخذ بحق الإقليم استثناء وفرض الجنسية المصرية في الحالات الآتية :

١ - من ولد بإقليم مصر من أم مصرية وأب مجهول الجنسية أو لا جنسية له .

٢ - من يولد بإقليم مصر من أم مصرية ، ولم تثبت نسبته إلى أبيه قانونا وهي حالة الولد غير الشرعي .

٣ - الطفل الذي يولد في مصر لأبوين مجهولين وهي حالة اللقيط حيث يتمتع بالجنسية المصرية استنادا لحق الإقليم .

---

(١) انظر : د . نزيه المهدي - السابق ص ١٠٢ .

ب - الجنسية المكتسبة أو الطارئة :

الجنسية المكتسبة أو الطارئة أو اللاحقة : هي تلك الجنسية التي يكتسبها الشخص بسبب طارئ بعد الميلاد -٠

وهي تكتسب عادة عن طريق الزواج أو التجنس ٠

فبالنسبة للزواج : نرى أن معظم التشريعات تنص على اكتساب الزوجة الأجنبية لجنسية زوجها إذا توافرت شروط معينة ، وقد أخذ القانون المصري الخاص بالجنسية بهذه الطريقة من طريق اكتساب الجنسية الطارئة ، فقضى بمنح الجنسية المصرية للمرأة الأجنبية التي تتزوج من مصري إذا رغبت هي في ذلك وأعلنت وزير الداخلية بهذه الرغبة ، ودام زواجها من المصري لمدة سنتين بعد إعلان تلك الرغبة ٠

وبالنسبة للتجنس : فيقصد به اكتساب جنسية الدولة بناء على طلب الفرد إذا توافرت شروط معينة ، وقد نص القانون المصري على منح الجنسية المصرية للأجنبي في الحالات الآتية :

١ - بالنسبة للأجنبي المولود في مصر ، إذا طلب التجنس بها خلال سنة من تاريخ بلوغه سن الرشد ، وكان مقيما في مصر عند بلوغه هذه السن ٠

٢ - بالنسبة للأجنبي الرشيد الذي تكون له وسيلة مشروعة للكسب إذا كانت إقامته العادية في مصر لمدة عشر سنوات متتالية على الأقل سابقة على تقديم طلب التجنس ، أو خمس سنوات إذا كان الأجنبي قد حصل على إذن من وزير الداخلية بالتوطن في جمهورية مصر العربية ، وأقام فعلا مدة خمس سنوات متتالية بعد هذا الأذن ٠

وفي جميع الحالات يشترط لاكتساب الأجنبي الجنسية المصرية أن يكون بالغا سن الرشد ، سليم العقل والجسم ، محمود السيرة والسمعة ، وملما باللغة العربية ٠

وأخيــرا - يــراعي أن الجنسية المكتسبة لا تمنح صاحبها نفس الحقوق الــتي تمنحها الجنسية الأصلية المباشرة ، فالقانون المصري يشترط مرور مدة معيــنة بعــد التجــنس حتى يضمن ولاء المتجنس للدولة ، كما يقضي القانون المصــري بأن الأجنبي الذي اكتسب الجنسية المصرية لا يكون لــه حق التمتع بــالحقوق الخاصــة بالمصــريين أو مباشرة حقوقهم السياسية قبل مضي خمس سنوات من تاريخ كسبه لهذه الجنسية ، كما لا يجوز انتخابه أو تعيينه عضوا في أية هيئة نيابية قبل مضي عشر سنوات من تاريخ كسبه لهذه الجنسية ؛ ومع هذا فيقضي القانون [1] بأنه يجوز بقرار من وزير الداخلية أن يعفي من شرط انقضاء هاتين المدتين من يكون قد انضم إلى القوات المسلحة المصرية المحاربة وحارب في صفوفها .

٧٦ - ثانيا : الحالة العائلية " القرابة " :

يقصد بالحالة العائلية تحديد مركز الشخص في أسرة معينة وتحديد جنسه بكونه ذكرا أو أنثى [2] .

عــلى أن المقصود بالأسرة هنا معناها الواسع ، أي باعتبارها مجموعة الأشــخاص الذي تجمع بينهم رابطة القرابة ، وفي هذا المعنى تنص المادة ٣٤ مدني على " تتكون أسرة الشخص من ذوي قرباه ، ويعتبر من ذوي القربى كل من يجمعهم أصل مشترك " ، فالقرابة إذن هي صلة الشخص بأسرة معينة .

---

(١) انظر : د . نزيه المهدي - السابق ص ١٠٤ .

(٢) انظــر في ذلك : د . البدراوي - السابق ص ٣٥٢ ، د . توفيق فرج - السابــق ص ٦٠١ ، د . سليمان مرقس ص ٦٤٨ ، د . جمال زكي - السابق ص ٧٢٤ ، د . نزيه المهدي - السابق ص ١٠٤ ، د . محمد على عمران- السابق ص ٢٢٧ ، د . أنــور سلطان - السابق ص ١٤٢ - ١٤٣ ، د . نعمان جمعــة - السابـــق ص ٤١٦ وما بعدها ، د . محمد شكري سرور - السابق ص ١٦٩ وما بعدها .

وغني عن البيان أن للقرابة أهمية كبرى في تحديد المركز القانوني للشخص ، فالحالة العائلية تبين كثيرا من حقوقه والتزاماته ؛ فإذا كان الشخص أبا وجبت عليه النفقة لولده ما لم يكن هناك مانع شرعي أو صحي ... الخ ، وإذا كان زوجا ، كان لــه حق الطاعة على زوجته وإذا كان أما أو جدة أو أختا أو خالة يكون له وفقا لمرتبته حق حضانة الصغير ، كما تظهر أهمية القرابة كذلك في تحديد الورثة والمحرمات من النساء في عقد الزواج ، بل يتعدى أثر القرابة إلى الحقوق المالية ، كالحق في التعويض عن الضرر الأدبي حيث تنص المادة ٢٢٢ / ٢ مدني على أنه " لا يجوز الحكم بتعويض للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب " كما أن الحق في الشفعة يتحدد على أساس القرابة حيث تقضي المادة ٩٣٩ مدني بأنه لا يجوز الأخذ بالشفعة إذا وقع البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة وبين الأصهار لغاية الدرجة الثانية ، كما أن درجة القرابة تحدد مدة صلاحية القاضي للحكم في الدعوى حيث تقضي قواعد المرافعات بأن القاضي يكون غير صالح لنظر الدعوى ممنوعا من سماعها إذا كان قريبا أو صهرا لأحد الخصوم إلى الدرجة الرابعة ، كما يجوز رد الخبير إذا كان قريبا أو صهرا لأحد الخصوم لغاية الدرجة الرابعة ، وهكذا ...

٦٨ – أنواع القرابة :

تتنوع رابطة الأسرة أو القرابة إلى نوعين ، قرابة النسب ، وقرابة المصاهرة .

أ – قرابة النسب :

هي الصلة بين الشخص وبين من يجمعهم به أصل مشترك [١] سواء من

---

(١) د . محمد شكري سرور – السابق ص ١٧٠ ، د. البدراوي – السابق ص ٣٥٥ ، د . نعمان جمعة – السابق ص ٤١٧ ، د . نزيه المهدي – السابق ص ١٠٤ .

ناحية الأب أو من ناحية الأم ، فالشخص يتصل بأقرباء أبيه وأقرباء أمه على حد سـواء ، وفـي هذا المعنى تنص المادة ٣٤ مدني ، " تتكون أسرة الشخص من ذوي قـرابة ، ويعتـبر من ذوي القربى كل من يجمعهم أصل مشترك " ، وهذه القرابة - تنقسم بدورها إلى قسمين :

(١) القرابة المباشرة :

وهـي القـرابة المقصـورة على عمود النسب أي الصلة بين الأصول والفروع ، سواء في ذلك الذكور أم الإناث ومثالها الصلة بين الجد والأب والابن ومـن ينحدر عنه من فروع فالجد هو الأصل ، والأب هو الجد للفرع ، والابن فرع للأب ؛ وهكذا ؛ وكذلك ، الجدة والأم وما ينحدر عنهما من أبناء ، وإلى هذا المعـنى أشـارت المـادة ٣٥ / ١ بقولها " القرابة المباشرة هي الصلة ما بين الأصول والفروع " .

فالأصل هو من نزل عنه الشخص [١] سواء من ناحية أبيه أو أمه ، فهو الأب والأم ، وأبو الأب وأبو الأم وأم الأب وأم الأم وأبو وأم هؤلاء .

والفرع هو كل من نزل عن غيره فهو الابن والبنت وفروعهما ، وهكذا .

(٢) قرابة الحواشي :

هـي : القرابة التي تقوم بين أشخاص يجمعهم أصـل مشترك دون أن يكـون أحدهما فرعا للآخر [٢] ، كقرابة الأخ لأخيـه أو أخته ، أو لابن أخيه أو ابـن أخـته ، فأحدهمـا ليس فرعا للآخر ، وكذلك يعتبر من الحواشي الأعمام والعمـات وفـروعهم ، والأخـوال والخـالات وفـروعهم ، فالأصـل

---

(١) انظر : د . البدراوي – السابق – الموضوع السابق .

(٢) انظـر : د . توفيق فرج – السابق ص ٦٠٢ ، د . نعمان جمعه – السابـق ص ٤١٧ ، وانظر المادة : ٣٥ / ٢ مدني مصري .

المشترك هو الجد والجدة لأب في الحالة الأولى ، والجد أو الجدة لأم في الحالة الثانية .

ب - قرابة المصاهرة :

هي : القرابة الناشئة عن الزواج ، وهي تقوم بين الزوجين وأقارب الزوج الآخر ، فكل من الزوجين يدخل بالزواج في أسرة الزوج الآخر ويأخذ مكانه ، بحيث يكون قريبا لكل أقربائه وبنفس الدرجة ، وإلى هذا المعنى أشارت المادة ٣٧ مدني حين قالت " أقارب أحد الزوجين يعتبرون في نفس القرابة والدرجة بالنسبة إلى الزوج الآخر " ، وعلى ذلك يعتبر أبو الزوج قريبا للزوجة قرابة مباشرة في الدرجة الأولى عن طريق المصاهرة ، وأخت الزوجة تعتبر قريبة للزوج قرابة حواشي في الدرجة الثانية عن طريق المصاهرة (١) وهكذا .

على أن يلاحظ أن قرابة المصاهرة لا ينشأ عنها أي نوع من القرابة بين أقارب الزوجين ، وإنما بين أحد الزوجين وأقارب الزوج الآخر (٢) .

٦٩ - كيفية حساب درجة القرابة :

تنص المادة ٣٦ مدني على " أن يراعي في حساب درجة القرابة المباشرة ، اعتبار كل فرع درجة عند الصعود للأصل بخروج هذا الأصل وعند حساب درجة الحواشي تعد الدرجات صعودا من الفرع للأصل المشترك ، ثم نزولا منه إلى الفرع الآخر ، وكل فرع فيما عدا الأصل المشترك يعتبر درجة .

---

(١) د . انظر : د . جمال زكي - السابق ص ٤٣٠ .

(٢) انظر : د . عبد الودود يحيى - السابق ص ٢٥١ .

فعـند حسـاب درجة القرابة المباشرة : يعتبر كل فرع درجة مع عدم احتساب الأصل ، وبذلك فإن قرابة الابن لأبيه ، قرابة من الدرجة الأولى ، لأننا أمام فرع واحد ، هو الابن ، نحسبه ، ولا نحسب الأصل وهو الأب ، وابن الابن يعتـبر قريبا من الدرجة الثانية بالنسبة لقرابته من جده ، لأنه عند حساب درجة القـرابة صـعودا من الأصل للفرع تحسب ابن الابن وهو فرع : درجة القرابة صـعودا مـن الأصل للفرع ، تحسب ابن الابن وهو فرع : درجة ، ثم الابـن وهـو فـرع درجـة أيضا ، ثم الجد وهو الأصل لا يحسب ، وبذلك يكون لدينا درجتان [١] وهكذا ٠

وعـند حسـاب درجة الحواشي : فإن الدرجات تعد صعودا من الفرع للأصـل المشـترك ثم نزولا منه إلى الفرع الأخر ، وكل فرع فيها عدا الأصل المشترك يعتبر درجة [٢] وعلى هذا فقرابة الأخ لأخيه أو لأخته قرابة من الدرجة الثانية ، لأن الأخ ذاته أو الأخت الذي تحسب درجته يعد درجة صعودا منه إلى الأصل المشترك وهو الأب ، ثم نحسب درجة أخرى نزولا من الأب إلى الأخ ، ولا يحسـب الأب - الأصـل المشترك - وبذلك يجتمع لدينا درجتان ، وهكذا، فقـرابة ابـن العم من الدرجة الرابعة باتباع طريقة الحساب السابقة ، بمعيارها المحـدد وابن الأخ يعتبر قريبا من الدرجة الثالثة بالنسبة لعمته ، أو عمه ، وابن أو بـنت العمـة ، وابن أو بنت الخال ، وابن أو بنت الخالة قريب من الدرجة الرابعـة ٠٠٠٠ الخ ٠

---

(١) انظـر : د ٠ نزيه المهدي ٠ السابق ص ١٠٥ ، د ٠ محمد شكري – السابـق ص ١٧٢ ٠

(٢) انظر : د ٠ توفيق فرج – السابق ص ٦٠٣ ، د ٠ عبد الناصر العطار – السابق – ص ٣٠٢ ٠

وعـــند حساب درجة قرابة المصاهرة : تحسب درجة هذه القرابة كما تحســـب درجة قرابة النسب تماما ، فأخو الزوجة يعتبر قريبا من الدرجة الثانية لـــلزوج ، وعـــم الزوج يعتبر قريبا من الدرجة الثالثة للزوجة وهي نفس درجة قرابة الزوج لعمه ٠٠٠.وهكذا ، وفي هذا المعنى تنص المادة ٣٧ مدني مصري على " أقارب أحد الزوجين يعتبرون في نفس القرابة والدرجة بالنسبة إلى الزوج الأخر " ٠

٧٠ - القرابة في الشريعة الإسلامية :

أخـــذ القـــانون الوضـــعي فكرة قرابة النسب من قواعد وأحكام الشريعة الإســـلامية ، أمـــا قرابة المصاهرة فلا تأخذ الشريعة الإسلامية بها لأن الشريعة الإسلامية تعرف تقسيما آخر للقرابة ، فالأقارب في الشريعة الإسلامية ينقسمون إلى ذوي فروض وعصبات ، وذوي أرحام ، أما ذو الفروض فهم أصحاب سهام مقـــدرة في الميراث كالزوج له النصف أن لم يكن هناك ولد ، والربع إن كان له ولد من زوجته المتوفاة ، والزوجة لها الربع عند عدم الولد أو الثمن عند وجود الولد والأم لها الثلث ، والبنت لها النصف أن لم يكن معها ولد ٠٠٠٠ الخ ٠

والعصبات :

هم الأقارب الذكور الذين لا تتوسط بينهم وبين الميت أنثى كالابن ، وابن الابن ، والعم وابن العم ٠

وذوي الأرحام :

هـــم الأقـــارب من غير ذوي الفروض ومن غير العصبات كالأخوال ، والخالات ، وأصحاب الفروض مقدمون على من عداهم ، فيأخذون نصيبهم من التركة فإن بقى منها شيء أخذه ذوو العصبات ، فإن لم يوجـــــد ذوو فروض أو

عصـــبات ، وزعت التركة على ذوي الأرحام [١] على أن الأقرب يحجب الأبعد عـــن الميـــراث من العصبات أو ذوي الأرحام على التفصيل المعروف في الفقه الإسلامي .

آثار القرابة :

يرتب القانون على القرابة آثارا كثيرة يمكن إيجاز أهمها فيما يلي :

١ – ينشـــأ عـــن القـــرابة حقوق وواجبات عائلية تثبت للشخص تبعـــا لمركـــزه في الأسرة " حقوق الأسرة " فالزوج له على زوجته حق الطاعة وعليه نحوهـــا واجـــب الإنفاق ، كما أن للأب على أبنائه حق التأديب ، وعليه واجب الإنفـــاق عـــليهم ... الخ حقوق الأسرة التي تدرس تفصيلا في مادة الأحوال الشخصية .

٢ – يـــترتب عـــلى القـــرابة حقوق مالية كالنفقـــــــة ، والتوارث بين الأقارب [٢] .

٣ – درجـــة القـــرابة هي المرجع في تحديد موانع الزواج حيث تحرم الشـــريعة الإســـلامية الزواج بين بعض الأشخاص الذين تجمعهم قرابة أو صلة معينة لحكمة ظاهرة أو خفية ، كما في قوله تعالى : ﴿ **حرمت عليكم أمهاتكم وبنـــاتكم وأخواتكم وعماتكـــم وخالتكـــــم وبنـــات الأخ وبنـــات الأخت وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعـــة** ﴾ [٣] .. الخ الآية .

---

(١) انظر : د . عبد الناصر العطار – السابق ص ٣٠٢ – ٣٠٣ .

(٢) انظر : د . البدراوي – السابق ص ٣٥٨ ، د . توفيق فرج – السابق ص ٦٠٤ .

(٣) سورة النساء آية : ٢٢ .

٤ – تؤثـر القـرابة فيما يثبت للشخص من حقوق أو ما يجب عليه من الـتزامات ، كمـا تؤثر في نشاطه القانوني ، من ذلك مثلا ما تنص عليه المادة ٥٠٢ مدني مصري ، من منع الواهب من الرجوع في هبته إذا كانت الهبة لذي رحـم محرم ، هذا فضلا عما سبق أن ذكرناه من عدم جواز الأخذ بالشفعة إذا وقع البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين ، أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة أو بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية ، وما سبق أن ذكرناه من أن المادة ١٤٦ مـرافعات تقضي بأن القاضي يكون غير صالح لنظر الدعوى ممنوعا من سـماعها ولـو لم يرده أحد الخصوم إذا كان قريبا أو صهرا لأحد الخصوم إلى الدرجة الرابعة ٠٠٠ الخ ما ذكرناه في أهمية القرابة ٠

٧١ – ثالثا : الحالة الدينية :

يقصد بالحالة الدينية :

اعتـناق الشـخص لدين معين ، والأصل أن الدين لا يعتبر عنصرا من عناصـر الحالـة ، أي أن حالة الشخص تتحدد وفقا لمركزه في الدولة ومركز الأسرة دون اعتبار لمعتقداته الدينية ، وهذا هو ما نص عليه الدستور المصري في المادة ٢٤ منه بقوله :

" المصـريون لدى القانون سواء وهم متساوون في الحقوق والواجبات العامة ، لا تمييز بينهم بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة " ٠

بيد أنه مع وجود هذا الأصل العام إلا أن بعض الحقوق المتعلقة بالأحوال الشخصية تتأثر أحيانا بالحالة الدينية واختلاف الدين ؛ فمثلا ، الشخص المسلم له حـق الطلاق ، وله حق الجمع بين زوجات أربع ، بخلاف غير المسلم ، كما أن المادة السادسة من قانون المواريث تقضي بأنه " لا توارث بين مسلم وغير مسلم ويتوارث غير المسلمين بعضهم من بعض ٠

كمـــا أن القاضي غير المسلم – على الرأي الراجح في الفقه الإسلامـــي لا يجـــوز أن يحكـــم على غير المسلم " ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا " .

هـــذا فضلا عن كثير من الأحكام الأخرى التي يكون للحالة الدينية فيها أثرا ، ومجال دراستها هو علوم أخرى ليس هذا مجال تفصيلها .

الفرع الثاني

الاســـــم : Le nom

****

٧٣ – معنى الاسم وتكوينه :

الاسم هو ما يعرف به الشخص تمييزا له عن سائر الأشخاص(١)، فالاسم بهـــذا المعـــنى ضرورة اجتماعية للتعبير عن ذاتية كل شخص (٢) ، حتى يمكن تمييز الشخص عن غيره من الجماعة التي يعيش فيها .

ويـــتكون الاســـم عادة من عنصرين ، الاسم الشخصي ، وهو ما يميز الشـــخص عن بقية أفراد أسرته ؛ واسم الأسرة أو اللقب الذي يثبت لجميع أفراد الأسرة ؛ وجدير بالذكر أن الغربيين جروا على عادة استعمال لقب الأسرة أكثر مـــن استعمالهم اسم الشخص ، أما في الشرق فالغالب أن يميز الشخص بإضافة اســـم أبيـــه واسم جده إلى اسمه الشخصي نظرا لأن معظم الأسر ليس لها لقب بالمعنى المعروف عند الغربيين .

---

(١) انظـــر : د . سليمان مرقس – السابق ص ٦٤٣ ، د . نعمان جمعـــة – السابق ص ٤٢٣ .

(٢) د . نعمان جمعة – السابق – الموضع السابق .

كذلــك جــرت عادة الغربيين على أن تحمل الزوجة لقب أسرة زوجها ؛ أما في الشرق – وخاصة عندنا في مصر – فتحتفظ الزوجة باسم أبيها ولقب أسرتها ولا ريــب أن احتفاظ الزوجة باسم أبيها ولقب أسرتها يجعلها تظل محتفظة بعناصر شخصــيتها كامــلة ، وهذا هو ما يدعو إليه الإسلام (١) حيث يقول الله تعالى في كتابة العزيز ﴿ ادعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله ﴾ (٢) .

ولما كانت عادة الاحتفاظ بلقب الأسرة من شأنها أن تزيد شعور التضامن بيــن أفــراد الأسرة الواحدة ، وأن تقلل إلى حد كبير من تشابه الأسماء فقد أخذ القــانون المصري بمبدأ فرض الألقاب وتنظيمها ، وتحقيقا لهذا تنص المادة ٣٨ من التقنين المدني على " أن يكون لكل شخص اسم ولقب ، ولقب الشخص يلحق أولاده " .

كما تنص المادة ٣٩ من ذات التقنين على أن " ينظم بتشريع خاص كيفية اكتساب الألقاب وتغييرها " ولكن هذا التشريع المنظم للألقاب لم يصدر حتى الآن ، ولذلك فإن اسم الشخص في مصر يتكون عادة من أسمه الشخصي مضافا إليه اسم أبيه واسم جده لأبيه .

وقد نصت المادة ١٨ من القانون رقم ٢٦٠ لسنة ١٩٦٠ " المعدل " على وجــوب ذكر اسم المولود ولقبه ضمن البيانات التي يجب ذكرها عند التبليغ عن واقعــة الميــلاد ، عــلى أن يفهم أن لفظ " لقبه " يراد به اسم جده وأبيه إلى أن يصدر التشريع المنظم للألقاب .

---

(١) د . عبد الناصر العطار – السابق ص ٢٩٦ .

(٢) سورة الأحزاب آية رقم ٥ .

٧٠ - خصائص الاسم :

يختص الاسم بالخصائص الآتية :

١ - عدم قابلية الاسم للتصرف فيه ، فلا يجوز لشخص أن يتصرف في اسـمه أو يـنزل عنه للغير ، لأنه متصل بذات الإنسان ومن ثم فهو خارج عن دائـرة التعامل ، ومن هنا يفترق الاسم باعتباره مميزا لصاحبه عن الاسم الذي يميـز مشـروعا تجاريـا [١] وهو ما يسمى بـ " الاسم التجاري " إذ أن الاسم التجاري يعتبر عنصرا من عناصر المشروع الذي أطلق عليه ، ومتى عد كذلك فإنه تكون له قيمة مالية ، ويرد عليه التعامل ، أي يمكن التصرف فيه .

٢ - لا يسقط الحق في الاسم بالتقادم ، أي بعدم الاستعمال مدة طويلة ، فلو أن إنسانا لم يستعمل اسمه ، أو لقب أسرته مدة طويلة ، فإن حقه في ذلك لا يسقط ، ويظل له على الدوام حق استعماله مهما مضى على عدم الاستعمال من زمن [٢] .

٣ - لا يجـوز للإنسان أن يغير اسمه أو يبدل فيه إلا باتباع الإجراءات التي رسمها القانون في هذا الشأن .

٤ - يظل الإنسان محتفظا باسمه ما بقيت شخصيته .

٥ - لا يجوز الاعتداء على الاسم ، وذلك عن طريق استعمال الغير له أو انتحاله ، فإذا أحدث ذلك جاز لصاحب الاسم المعتدي عليه طلب وقفه ، حتى ولو لم يترتب على ذلك ضرر ما [٣] .

---

(١) د . أحمد سلامة - السابق ص ١٥٨ ، د . البدراوي - السابق ص ٣٣٧ .

(٢) د . البدراوي - السابق - الموضع السابق .

(٣) انظـر في ذلك : د . أحمد سلامة - السابق ص ١٥٩ ، د . توفيق فرج - السابق ص ٦٠٩ - ٦١١ ، د . سليمان مرقس - السابق ص ١٤٦ ، د . عبد الودود يحيى - السـابق ص ٢٤٢ ، د . جمـال زكي - السابق ص ٤٢٠ - ٤٢٢ ، د . نزيه المهدي - السابق ص ١٠٩ - ١١١، د . نعمان جمعة- السابق ص ٤٢٢ - ٤٢٤ ، د . شفيق شحاته - السابق ص ٤٣ ، د . إسماعيل غانم - السابق ص ١٩٠ ، د . الصدة - السابق ص ٨٢ ، د . حسن كيرة - السابق ص ٧٥٧ .

الطبيعة القانونية للاسم:

ثـار خلاف في الفقه حول تحديد الطبيعة القانونية للاسم فذهب رأي إلى أن " الاسم " مجرد نظام إداري الغرض منـه ضرورة تميز الأشخاص بعضهم عـن بعـض في الجماعة ، غير أن هذا الرأي منتقد على أساس أنه يبرز الاسم باعتباره واجبا يلزم القيام به ، وينفي عنه صفة الحق ، مع أن الشخص يكون له – في الواقع – حقا على اسمه ، ومن ثم فقد ذهب رأي آخر إلى أن للشخص حقا عـلى اسمه ، وأن هذا الحق هو حق ملكية ، ينصب على شيء معنوي يطلقون عليه ملكية الاسم ولكن هذا الرأي منتقد أيضا ، على أساس أن الملكية لا ترد إلا عـلى شـيء مادي معين ، مع أن الاسم شيء معنوي ، كما أن الملكية تقتضي اسـتئثار شـخص بشـيء معين فهو حق قاصر على المالك ، بينما لا يستطيع الإنسـان أن يمنع الغير من التسمي باسمه الشخصي ، فضلا عن أن اسم الأسرة يشترك فيه جميع أفرادها ، هذا فضلا عما سبق أن ذكرناه من أن الحق في الاسم مـن الحقـوق الملازمـة للشخصية ويترتب على ذلك أنه لا يجوز للشخص أن يتصـرف في اسمه أو ينزل عنه للغير ، كما لا يستطيع الشخص أن يغير اسمه إلا بإتبـاع الإجراءات التي نص عليها القانون ، كما لا يسقط الاسم بالتقادم أي يتركه مدة طويلة دون استعمال .

وترتيـبا فـي ما تقدم : فالرأي الراجح – حول تحديد الطبيعة القانونية للاسم –هو أنه لـه طبيعة مزدوجة ، فهو التزام أو واجب وحق في الوقت ذاته للشـخص الـذي يحملـه ، بمعنى أن الاسم واجب يفرضه القانون ، حيث قرر القانون ضرورة أن يكون للشخص اسم ولقب يميزه عن غيره ، ويذكر هذا الاسم وذاك الـلقب فـي البيانات التي تقدم عند التبليغ عن ميلاده ، كما أن الاسم حق للشـخص ، ولكـنه ليـس حق ملكية – كما أسلفنا – بل هو من الحقوق العامة اللصيقة بالشخصية؛ ويترتب على ذلك أنه لا يمكن التنازل عنه أو الحجز عليـه

ولا يمكن التصرف فيه نظرا للصلة الوثيقة التي تربط بينه وبين الشخص ، كما لا يـرد عـليه الـتقادم المسقط أو المكسب على نحو ما ذكرناه آنذاك في البند السابـق ٠

٧٤ - الحماية القانونية للاسم :

إذا كان الاسم هو من الحقوق اللصيقة بالشخصية - على نحو ما أسلفنا فـإن القانون يحميه كما يحمي الشخصية تماما ، وعلى هذا تنص المادة ٥١ من التقـنين المدني بقولها " لكل من نازعه الغير في استعمال اسمه بلا مبرر ، ومن انـتحل الغيـر اسمه دون حق ، أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر " ٠

ويتـبين مـن هـذا النص أن الاعتداء على الاسم يكون في صورة من الصورتين الآتيتين :

الأولـــى :

المـنازعة في استعمال الاسم ، أي أن يعترض الغير على حق الشخص فـي التسـمي بالاسـم الـذي يحمله ، أو يشيع بين الناس أن الاسم الذي يحمله الشـخص ليـس حقيقيا ، ويشترط أن تكون هذه المنازعة أو الادعاء على غير أساس ٠

الثانيـــة :

أن ينـتحل الغير اسم الشخص دون وجه حق ، بمعنى أن يتسمى الغير باسـمه الشخصي ويستعمله دون أن يكون هذا الاسم هو اسمه (١) ؛ ومتى تحقق

---

(١) د ٠ نـزيه المهدي - السابق ص ١١٢ ، وانظر : د ٠.عبد الودود يحيى - السابق ص ٢٤٢ ، د ٠ توفيق فرج - السابق ص ٦١٢ ٠

هذا الاعتداء على الاسم في الصورتين ، فإن القانون خول صاحب الاسم رد هذا الاعتداء ووقفه ، عن طريق اللجوء إلى القضاء لوقف كل منازعة من الغير له في اسمه ، وانتحاله لاسمه حتى ولو لم يترتب على ذلك ضرر له ، كما يكون لصاحب الحق في الاسم الحصول على تعويض من الغير إذا كان الاعتداء على اسمه قد سبب له ضررا ماديا أو أدبيا في كل من الصورتين .

٧٥ - اسم الشهرة والاسم المستعار :

الاسم الذي يطلق على الشخص عند ولادته ويقيد به في دفتر المواليد هو الاسم الحقيقي للشخص ، أو الاسم المدني له ، وهذا هو ما تحدثنا عنه سابقا .

أما اسم الشهرة : فهو الاسم الذي يشتهر به الشخص بين الناس دون يكون هو الاسم الحقيقي له ، حيث يحدث أن يطلق الجمهور على شخص اسما غير اسمه الحقيقي ، ومن البديهي أن الشخص إذا أراد أن يجعل اسم الشهرة اسما حقيقيا له فإن ذلك يجوز له بشرط اتباع الإجراءات التي يجب اتباعها في تغيير الاسم .

أما الاسم المستعار : فهو الاسم الذي يصطنعه الشخص ويطلقه على نفسه بقصد تحقيق غرض معين [1] ، هذا الغرض قد يكون إخفاء شخصيته في مناسبة معينة ككاتب أو صحفي ناشئ يريد أن يطمئن على قيمة ما يكتبه دون أن يتعرض اسمه الحقيقي لهزات ، وقد يكون الغرض اكتساب الشهرة باسم ذائع الصيت . أو ملفت للنظر أو أسهل استعمالا من اسمه الحقيقي ، ولاغضاضة في استعمال اسم الشهرة ، إذ هو حق لكل إنسان ويقره القانون تماما .

---

(١) انظر : د . أحمد سلامة – السابق ص ١٥٨ ، د . نعمان جمعة – السابق ص ٤٢٨ .

وكل من اسم الشهرة والاسم المستعار يتمتع بالحماية القانونية المقررة للاسم الحقيقي ، لأنه يميز صاحب الاسم عن غيره من الأشخاص ، ومن ثم يكون لصاحب الاسم المستعار ، أو صاحب اسم الشهرة أن يوقف أي اعتداء على هذا الاسم بشرط أن يثبت صاحبه أنه اشتهر بهذا الاسم ، وبحيث ينصرف ذهن الناس إليه إذا ما ذكر هذا الاسم ·

بيد أنه يلاحظ أن اسم الشهرة أو الاسم المستعار لا يؤدي إلى زوال الاسم الحقيقي الذي يجب ذكره عندما يقتضي الأمر ضرورة إدلاء الشخص باسمه الحقيقي ·

٧٥ م – الاسم التجاري :

الاسم التجاري هو الاسم الذي يطلقه الشخص على محله التجاري أو شركته ويصبح عنصرا من عناصر المتجر أو الشركة ، ومن ثم فالاسم التجاري له قيمة مالية لأنه عنصر من عناصر المتجر ، وتسري عليه أحكام الحقوق المالية ، ولذلك يجوز التصرف فيه والتنازل عنه والحجز عليه مع المحل التجاري كوحدة متكاملة ؛ إذ أن المحل التجاري يشمل على عناصر متعددة من بينها الاسم التجاري ، وأحيانا يكون الاسم التجاري هو الاسم المدني للشخص ، وعندئذ فإنه في حالة التصرف في المحل التجاري يلتزم المتصرف إليه بأن يضيف إلى الاسم التجاري ما يمنع اللبس أو الخلط بينه وبين المتصرف الأصلي بأن يضيف مثلا – كلمة " خلفاء " أو " خلف ··· الخ وذلك لحماية الجمهور من اللبس والتضليل ·

٧٦ – تغيير الاسم وتصحيحه :

إذا وقع خطأ في اسم شخص عند قيده في سجل الأحوال المدنية أو إذا اشتهر شخص باسم غير الاسم الذي قيد به في هذا السجل في مثل هذه الحالات يجيز القانون لهذا الشخص أن يصحح الخطأ الذي وقع عند قيد اسمه ،

أو أن يطـلب تغييـر اسمه إلى الاسم الذي اشتهر به ، ويتبع في ذلك ما أوجبه القـانون في هذا الصدد بأن يتقدم بطلب التغيير على نموذج معد لذلك إلى مفتش الأحـوال المدنيـة بالمحافظـة الـذي يحيلـه إلى لجنة خاصة تفصل فيه وفقا للإجـراءات التي بينتها اللائحة التنفيذية لقانون الأحوال المدنية رقم ٢٦٠ لسنة ١٩٦٠ وتعديلاته .

الفرع الثالث
الموطن : Le domicile

****

٧٧ - تعريف الموطن :

الموطن هو : مكان معين تكون للشخص صلة به تسمح باعتباره موجو دا فيـه على وجه الدوام ، بحيث يجوز لمن يريد أن يعامله قانونا أو قضائيـا أن يوجـه إليـه الخطاب في ذلك المكان فيعتبر عالما بذلك الخطاب ولو لم يعلم به بالفعل (١) .

فالعلاقـات القانونيـة تستوجب استقرار كل شخص في مكان ترتبط به مصالحه كي يستطيع أن يباشر العلاقات القانونية التي تستلزمها تلك المصالح

---

(١) د . سليمان مرقس- السابق ص ٧٢٨ ، وانظر : د . عبد الودود يحيى - السابق ص ٢٥٤ وما بعدها ، د . توفيق فرج - السابق ص ٦١٣ وما بعدها ، د . محمود جمال الدين زكي - السابق ص ٤٣٠ وما بعدها ، د . عبد الناصر العطار - السابق ص ٣٠٣ ومـا بعدها ، د . البدراوي - السابق ص ٤٦٤ وما بعدها ، د . جميل الشـرقاوي - السابق ص ٣٠٢ وما بعدها ، د . حسن كيرة - السابـق ص ٧٧٢ وما بعدها ، د . نعمان جمعة - السابق ص ٢٤٩ ، د . سلطان - السابق ص ١٤٨ ومـا بعدهـا ، د . نـزيه المهدي - السابق ص ١١٤ وما بعدها ، د . عمران - السابق ص ٢٣٩ وما بعدها ، د . شكري - السابق ص ١٧٥ .

هذا المكان هو ما يسمى بالموطن ، وقد عرفته المادة ٤٠ / ١ من التقنين المدني بقوله " الموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة " ٠

ويســتبين من تعريفنا السابق للموطن أن الموطن يقوم على عنصرين : **عنصر مادي** : وهو الوجود الفعلي ، **وعنصر معنوي** : وهو الاستقرار – أي نية القــرار في المكان وتعتبر هذه النية وبالتالي الاستقرار ، متوفرة حتى ولو تغيب الشخص عن المكان في فترات متقاربة أو متباعدة (١) ٠

ومــن ثــم فإنــه لا يشترط أبدا أن تكون إقامة الشخص مستمــرة دون انقطاع (٢) ، وعلى ذلك فالموطن يفترق عن محل الوجود والسكن La résidence الــذي قد يوجد فيه الشخص بصفة مؤقتة عارضة كالإقامة في فندق بضعة أيام أثناء السفر (٣) إذ لا يعتبر الفندق مقرا قانونيا له ٠

٧٨ – أهمية الموطن :

إذا كــان الأصــل – كما أشرنا – أن كل شخص يستطيع أن يتعامل مع غيــره ، وأن يباشر حقوقه وأن يؤدي ما عليه من ديون في أي مكان يوجد به ، إلا أن أهمية الموطن تظهر في حالات كثيرة لعل أهمها :

١ – الوفاء بالالتزامات :

حيــث تقضي المادة ٣٤٧ / ٢ بأن يكون الوفاء في المثليات في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء ما لم يتفق على غير ذلك ، وعلى ذلك فــالدائن بمبلغ من النقود لآخر عليه أن يسعى لاستيفاء حقه في موطن المدين ما لم يكن هناك اتفاق يقضي بغير ذلك ٠

---

(١) د ٠ أحمد سلامة – السابق ص ١٥١ ٠

(٢) د ٠ أحمد سلامة – السابق ص ١٥١ ٠

(٣) مجموعــة الأعمــال التحضــيرية جــ١ ص ٣٤٢ ، د ٠ سلطان المرجع السابق – الموضع السابق٠

٢ - الأوراق القضائية :

التي يلزم إعلانها للشخص كصحيفة الدعوى ، وكالتنبيه والإنذار يجب أن يسلم إليه شخصيا أو يترك في موطنه ، وإلا كان وقوعه باطلا ٠

٣ - الاختصاص المحلي للمحاكم :

تقضي المادة ٤٩ مرافعات ، بأن الدعاوى المتعلقة بحق شخصي أو بحق عيني وارد على منقول ، تختص بنظرها المحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعي عليه ٠

٤ - الإفلاس أو الإعسار :

تتخذ إجراءات كل منهما أمام المحكمة التي يقع في دائرتها موطن التاجر أو من يراد شهر إعساره (١) ٠

٥ - هناك بعض الحقوق التي تجب مباشرتها في الموطن منها : عقد الزواج الذي يجب أن يتم أمام المأذون الذي يقع في دائرة اختصاصه موطن الزوجة ، وإيقاع الطلاق يجب أن يتم قيده لدى المأذون الذي يدخل في دائرة اختصاصه موطن المطلق ٠

٧٩ - تحديد الموطن - " المذاهب المختلفة في تحديد الموطن " :

تختلف الشرائع في تصويرها للموطن وفي طريقة تحديده ، فيأخذ بعضها بالتصوير الحكمي للموطن ، بمعنى تغليبها لعامل الافتراض في تحديد الموطن ،

---

(١) انظر : د ٠ أحمد سلامة - السابق ص ١٥٦ ، د ٠ نزيه المهدي - السابق ص ١١٥ ٠

فيعتد فيه بمكان واحد يفترض فيه نشاط الشخص دون استلزام وجوده في هذا المكان ، بينما يأخذ بعضها الآخر بالتصوير الواقعي ، بمعنى أنها تغلب عامل الواقع وتحدد الموطن بالمكان الذي يغلب فيه فعلا إقامة الشخص (١) .

أ - التصوير الحكمي للموطن :

يرى أن موطن الشخص هو المكان الذي يوجد فيه المقر الرئيسي لأعماله ونشاطه ومصالحه ، فهو المكان الذي يوجد فيه المتجر بالنسبة للتاجر ، والمكان الذي يوجد فيه المصنع بالنسبة لرجل الصناعة ، والمكان الذي يوجد فيه مكتب رجل الأعمال ؛ وموطن المزارع - مالك الأرض الزراعية الذي يعتمد عليها في كسب مورده المالي يكون - في القرية التي تقع فيها هذه الأرض الزراعية ، حتى ولو كان المزارع مقيما بصفة دائمة في قرية أخرى أو في مدينة من المدن (٢) ؛

هذا التصوير الحكمي للموطن يترتب عليه نتيجتان هامتان :

الأولى : ضرورة أن يكون لكل شخص موطن ، هو المركز الرئيسي لنشاطه وأعماله فإن لم يكن له أعمال بعد ، فإن موطنه يعتبر موطن أبيه أو ولى أمره .

الثانية : وحدة الموطن ، فالشخص لا يمكن أن يكون له إلا موطن واحد ولا يمكن أن يتعدد الموطن ، فموطن الشخص هو المركز الرئيسي لأعماله .

---

(١) د . نزيه المهدي - السابق ص ١١٦ .

(٢) د . جميل الشرقاوي - السابق ص ٣٠٢ ، د . عبد الودود يحيى - السابق ص ٢٥٤ .

ب - التصوير الواقعي للموطن :

وفقا لهذا التصوير يتحدد الموطن بالمكان الذي يقيم فيه الشخص عادة ، وبذلك يرتبط الموطن بفكرة واقعية هي الإقامة الفعلية للشخص ، بمعنى أن هذا المذهب يشترط في تحديد الموطن وجود.مكان يقيم فيه الشخص ، ويوجد فيه بصفة دائمة ومعتادة ويترتب على هذا التصوير الواقعي للموطن نتيجتان هامتان :

الأولى : إمكان تعدد الموطن : أي أنه يمكن أن يكون للشخص أكثر من موطن ، وذلك كمن يوزع إقامته بين الريف والمدينة ؛ وكالزواج المسلم الذي يكون متزوجا بأكثر من واحدة ، ولكل من زوجاته مسكن مستقل ٠

الثانية : إمكان انعدام الموطن : ذلك أنه لما كانت الإقامة المعتادة هي أساس تحديد الموطن فإن الأشخاص الذين ليست لهم إقامة معتادة في مكان ما لا يكون لهم موطن كما هو الحال بالنسبة للبدو الرحل الذين لا يستقرون في مكان معين (١) .

وفي مجال المقارنة بين التصويرين السابقين لتحديد الموطن نجد أن لكل منهما مزاياه وعيوبه ، فمن مزايا المذهب الحكمي أنه يسهل العثور على الشخص ؛ لما لمركز عمله الرئيسي من ثبات ودوام وعلانية ، كما يمتاز بأنه يؤدي إلى وحدة الموطن وعدم تعدده ، فإذا كان للشخص أكثر من موطن وأكثر من مكان للإقامة الفعلية فإن العبرة بموطن واحد هو مكان العمل الرئيسي ،

---

(١) انظر : د ٠ عبد الودود يحيى – السابق ص ٢٥٦ ، د ٠ نزيه المهدي – السابق ص ١١٧ ٠

فضـــلا عـــن أنه يؤدي إلى ضرورة موطن لكل شخص هو مكان عمله ، ولكن يعيـــب هـــذا التصوير اصطدامه بالصعوبات التي تثور حين لا يكون الشخص ممارسا لعمل معين " كمن أحيل إلى التقاعد مثلا " أو حالة ما إذا كان يقوم بأكثر من عمـــــل ولا يسهل معرفة المركز الرئيسي من بين هذه الأعمال[١] .

ومن مزايا التصوير الواقعي أنه يقوم على مطابقة الحقيقة والأمر الواقع الذي يمكن معرفته بسهولة ، وهذا الأمر الواقع هو : محل الإقامة المعتاد .

وإن كـــان يعيـــب هـــذا التصوير أن المحل المعتاد قابل للتغيير بإرادة الشـــخص ؛ ومن هنا يفقد الموطن عنصر الثبات ، الأمر الذي قد يوقع من يريد مخاطبة شخص معين في صعوبات بالغة .

وترتيـــبا عـــلى ما تقوم فإن التصوير الواقعي للموطن أكثر ملائمة من التصـــوير الحكمـــي له لغلبة مزاياه على عيوبه ، ومن ثم فإن تشريعات عديدة تفضل الآخذ به ، وأولها الشريعة الإسلامية التي تأخذ به ؛ كما يأخذ به القانون الألمـــاني والقـــانون السويســـري ، و التقنين المصري الحالي ، وتفاديا لعيوب التصـــوير الواقعـــي السابق ذكرها : يمكن الأخذ بالتصوير الحكمي في حالات محددة كاستثناءات على القاعدة العامة التي تأخذ بالتصوير الواقعي .

٨٠ – أنـواع الموطـن :

الموطـــن نوعـــان : موطـــن عـــام domicile gén وقوامه فكرة الإقامة المســـتمرة ، ومن ثم فهو يعني المكان الذي يقيم فيه الشخص بصفة معتادة على النحو السابق .

---

(١) انظر : د . أحمد سلامة – السابق ص ١٥٢ هامش " ٢ " .

وموطن خاص domicile spécial :

وهــو يوجــد بجانب الموطن العام ويكون مقرا قانونيا للشخص بالنسبة لنشــاط أو معــاملات معيــنة عــلى وجه التحديد ، وذلك بغرض التيسير على الشخص وعلى المتعاملين معه بخصوص هذه المعاملات [1] ؛ وللموطن الخاص أكثر من صورة سنبينها في حينها ٠

٨١ - أحكام الموطن في القانون المصري :

أخــذ التقنين المدني المصري الحالي بالتصوير الواقعي للموطن كقاعدة عامــة فــي تحديد الموطن أو تصويره ، حيث اعتد في الموطن بمكان الإقامة المعــتادة المستقرة [2] ؛ وتفاديا لبعض عيوب التصوير الواقعي للموطن ، ومن أجــل تحقيــق الســهولة واليسر في المعاملات أخذ القانون المصري في بعض الحــالات بصور معينة للموطن الخاص يتم تحديد الموطن فيها استنادا إلى أسس أخــرى غيــر الإقامــة الفعلية ؛هذا ويلاحظ أن اصطلاحات : الموطن العام ، والموطن العادي الأصلي هي اصطلاحات مترادفة بمعنى واحد ومن ثم سنعرض للموطن العام والموطن الخاص في القانون المصري :

٨٢ - أولا : الموطن العام هو القاعدة العامة في القانون المصري :

تنص المادة ٤٠ / ١ من التقنين المدني المصري على أن " الموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة " ٠

---

(١) د ٠ أنور سلطان – السابق ص ١٤٩، د ٠ توفيق فرج– السابق ص ٦١٥ – ٦١٩ ، د ٠ نعمان جمعة – السابق ص ٤٣٦ وما بعدها ٠

(٢) د ٠ نزيه المهدي – السابق ص ١١٩ ، انظر د ٠ محمد شكري سرور – السابــق ص ١٧٧ ٠.

ويستبين من هذا النص أن هناك عنصرين يجب توافرهما لاعتبار المكان موطنا للشخص ٠

العنصـــر الأول : عنصر مادي ، وهو الإقامة الفعلية ، أي السكن (١) أي الإقامة التي يتوافر فيها معنى الثبات والاستقرار (٢) ، وعلى هذا لا يعتبر موطنا للشـــخص المكان الذي يقيم فيه فترة منقطعة مؤقتة بدون استقرار ، مثل الإقامة في فندق أو مدينة معينة بضعة أيام أو أسابيع للسياحة ، أو للاصطياف (٣) ٠

العنصر الثاني : عنصر معنوي ، وهو الاعتياد أو الاستقرار في الإقامة وهذا ما يميز في الواقع بين الموطن بمعناه القانوني ومحل الإقامة ، وهو المكان الـــذي يوجد فيه الشخص بصفة مؤقتة على أن يلاحظ أنه " لا يقصد بالاستقرار اتصـــال الإقامـــة دون انقطاع ، إنما يقصد به استمرارها على وجه يتحقق معه شـــرط الاعـــتياد ولو تخللتها فترات غيبة متقاربة أو متباعدة (٤) ، ويطلق على الموطن الذي يتحدد على هذا الوجه " الموطن العام " (٥) ؛ ويترتب على اعتناق القـــانون المصري للتصوير الواقعي في تحديد الموطن نفس النتيجتين المترتبتين على التصوير الواقعي للموطن بصفة عامة والسابق الحديث عنهما وهما :

أ - الشـــخص قـــد لا يكون له موطن ما ، ومن هذا القبيل البدو الرحل الذين لا يستقرون في مكان معين ٠

ب - يجـــوز أن يكون للشخص أكثر من موطن" إمكان تعدد الموطن " كمن يكون له زوجتان يقيم مع كل منهما في مكان منفصل عن الأخرى ٠

---

(١) انظر : د ٠ محمد شكري سرور ص ١٧٧ ٠

(٢) انظر : مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ ١ ص ٣٤١ ، ٣٤٣ ٠

(٣) انظر : د ٠ نزيه المهدي – السابق ص ١١٩ ٠

(٤) انظر : مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ ١ ص ٣٤٢ ٠

(٥) انظر : د ٠ جمال زكي – السابق ص ٤٣٥ ٠

وقد نصت على هاتين النتيجتين المادة ٤٠/ ٢ مدني بقولها و" يجــــوز أن يكــون للشــخص فــي وقت واحد أكثر من موطن كما يجوز ألا يكون لـــه موطن مـــــا " ٠

هــذا ويلاحظ – ما سبق أن أشرنا إليه من أن الموطن الذي يتحدد على هذا النحو يسمى " الموطن العام " تمييزا له عما يسمى " بالموطن الخاص " وهو المقــر القــانوني للشخص بالنسبة لبعض أعماله بوجه خاص ، كما يسمى أيضا الموطن الاختياري ، نظرا إلى أن إقامة الشخص في مكان معين إنما يرجع إلى إرادته واختياره ، وذلك تمييزا له عما يسمى " بالموطن الإلزامي " وهو الموطن الــذي يفرضه القانون على بعض الأشخاص كموطن معين لهم لا دخل لإرادتهم في اختياره (١) ٠

٨٣ – الموطن القانوني أو الإلزامي :

ســبق أن ذكرنا أن لكل شخص – في الأصل – أن يختار المكان الذي يقيــم فيه إقامة معتادة ، ويسمى الموطـــن الذي يختار على هذا الأســـــاس بـــ " الموطن الاختيازي " ٠

غيــر أن أكــثر الشرائع – ومن بينها القانون المصري – تفرض على بعض الأشخاص موطنا معينا ، أما بسبب نقص أهليتهم ، وأما بسبب وظائفهم ، أو لغير ذلك من الأسباب، ويسمى الموطن في هذه الحالة بــ" الموطن القانوني " أو الموطـــن الإلـــزامي " Le domicile legal ولا يجــوز لهؤلاء الأشخاص أن

---

(١) د ٠ محمد شكري سرور – السابق ص ١٧٩ ٠

(٢) د ٠ عبد الودود يحيى – السابق ص ٢٥٦ ٠

يغيـــروا موطنهم القانوني إلا إذا زال السبب الذي من أجله فرض المشرع عليهم هذا الموطن [١] .

- فالموطن القانوني: هو الموطن الذي يحدده القانون لمن لا يستطيعون مباشرة التصرفات القانونية بأنفسهم كالقصر ومن في حكمهم .

والقانون المصري حدد لبعض الأشخاص موطنا إلزاميا لا دخل لإرادتهم في اختيارهم ، وهؤلاء هم : القصر ، والمحجور عليهم ، والمفقودون ، والغائبون ، فهؤلاء جعل المشرع الوضعي موطنهم هو موطن من ينوب عنهم قانونا ، وعلى هذا نصت المادة ٤٢ / ١ مدني بقولها " موطن القاصر والمحجور عليه والمفقود والغـــائب هـــو موطـــن من ينوب عن هؤلاء قانونا " ؛ فالقانون أخذ بالتصوير الحكمي لموطن هؤلاء الأشخاص ، وهذا خروج على القاعدة العامة التي نصت عـــليها المادة ٤٠ مدني والتي تحدد موطن الشخص بالمكان الذي يقيم فيه عادة؛ " التصوير الواقعي للموطن" .

وعـــلى ذلك يكون موطن القاصر ، هو موطن وليه " أبيه " أو وصيه ، وموطـــن المحجـــور عليه هو موطن القيم عليه ، وموطن المفقود أو الغائب هو موطـــن وكيلـــه ، ذلـــك أن كل هؤلاء لا يباشرون التصرفات القانونية بأنفسهم لانعـــدام أو لـــنقص أهليـــتهم أو لغيابهم ، بل يقوم بها نيابة عنهم الأولياء ، أو الأوصـــياء أو القوام ، أو الوكلاء ؛ " فيكون في مصلحتهم أن يتحدد موطنهم في المكـــان الـــذي يقيم فيه هؤلاء الأخيرين إقامة معتادة لأنهم يخاطبون قانونا في

---

(١) انظـــر : د . سليمان مرقس – السابق ص ٦٣٧ ، د . جمال زكي – السابـــــق ص ٤٣٦ ، د . نـــزيه المهـــدي – السابق ص ١٢١ ، د . توفيق فرج – السابـــق ص ٦١٩ ، د . أحمد سلامة – السابق ص ١٥٣ .

أشخاصـــهم • (١) ويســتثنى من حكم الموطن الإلزامي ، القاصر الذي بلغ ثماني عشرة سنة ومن في حكمه كالسفيه وذوي الغفلة حيث أجازت لهم المادة ٤٢ / ٢ أن يكــون لكل منهم موطن خاص بالنسبة إلى الأعمال والتصرفات التي يعتبره القانون كامل الأهلية بالنسبة لها ، أما بالنسبة لغير هذه الأعمال ، فالمعول عليه هو الموطن العام ، وهو الذي يجعله القانون في موطن وليه أو وصيه أو المقيم عليه •

ويــراعي أن الموطــن القانوني أو الإلزامي يعتبر استثناء ، ومن ثم لا يمكــن أن يــتقرر دون نص ، وعلى هذا لا يعتبر موطن الزوج موطنا قانونيا بالنســبة إلى زوجــته لأنهــا كاملة الأهلية في القانون المصري ، كما لا يكون للموظف العام موطن قانوني في المكان الذي يباشر فيه وظيفته (٢) .

٨٤ – الموطن الخاص في القانون المصري – حالاته :

إلى جانب الموطن العام الذي سبق الحديث عنه ، والذي يعتد بالتصوير الواقعــي للموطن ، أي بمحل الإقامة الفعلية المعتادة للشخص ، يوجد ما يسمى بالموطن الخاص " للشخص ؛ وهو يتحدد على أسس أخرى غير الإقامة الفعلية ، وقــد نص القانون المصري على حالات ثلاث يكون فيها للشخص موطن خاص إلى جانب الموطن العام وهي :

أولا : موطن الأعمال : الموطن التجاري والحرفي :

موطــن الأعمال أو الموطن التجاري والحرفي : هو المكان الذي يباشر فيه الشخص أعمالا تجارية أو أعمالا خاصة بحرفة معينة (٢) .

---

(١) د • جمــال زكــي – الســابق ص ٤٣٦ ، د • أحمد سلامة – الموضع السابق – الإشــارة السابقة ، د • إسماعيل غانم – السابق ص ١٩٤ ، د • البدراوي – السابق ص ٣٧٠ •

(٢) د • ســليمان مرقس – السابق ص ٦٣٩ ، د • عبد الودود يحي – السابــــق ص ٢٥٧ •

وقـد نصت على ذلك المادة ٤١ مدني بقولها " يعتبر المكان الذي يباشر فيـه الشـخص تجـارة أو حرفة موطنا بالنسبة إلى إدارة الأعمال المتعلقة بهذه الـتجارة أو الحـرفة " ، وهذا النص يضيف إلى جانب الموطن العام للشخص موطـنا خاصـا بأعمـال تجارته أو حرفته ، فيكون للتاجر أو لصاحب الحرفة موطن خاص بأعمال مهنته يجوز لعملائه - تيسيرا عليهم - أن يعلنوه فيه بكل مـا يتعلق بهذه المهنة ، وظاهر أنه لا يشترط في هذا الموطن الخاص أن يكون الـتاجر أو صاحب الحرفة مقيما فيه بصفة دائمة ومستمرة ، بل يكفي أن يباشر فيـه مهنـته ، ومن ثم يجوز لعملائه أن يعلنوه فيه بكل ما يتعلق بهذه المهنة ، ويجـوز له هو أن يستند إلى هذا الموطن في إجراء كل ما يتعلق به (١) ، وفيما عـدا ذلك لا يعتد إلا بموطنه العام ، وينطبق الموطن الخاص بالأعمال على كل مـن يمتهن حرفة أو مهنة حرة ، فهو يصدق على التجار ، وذوي الحرف مثل الصانع ، والسباك ، والكهربائي ٠٠ الخ ، كما ينطبق على أصحاب المهن الحرة كالمحـامين ، والأطـباء والمهندسين والمحاسبين حيث يكون لكل منهم موطن خـاص بالأعمـال التي يمتهنها ، ولكن لا ينطبق على موظفي الحكومة ؛ لأن المكـان الـذي يؤدي فيه الموظف عمله لا يعتبر موطنا خاصا لـه فيما يتعلق بشئون وظيفته (٢) .

ويراعي أن الموطن الخاص يثبت بنص القانون ؛ ويعتبر ثبوته استثنـاء مـن القـاعدة المقررة في المادة ٤٠ مدني ، ولذا قلنا بعدم جوز ثبوته للموظف العـام ٠

---

(١) د ٠ سـليمان مـرقس - السابق ص ٦٤٠ - ٦٤١ ، د ٠ جمال زكي - السابـق ص ٤٣٧ ٠

(٢) د ٠ نزيه المهدي - السابق - الموضع السابق ٠

ثانيا : موطن القاصر المأذون ومن في حكمه :

سبق أن ذكرنا أن الموطن العام لعديمي الأهلية وناقصيها يتحدد بصفة إلزامية بموطن من ينوب عنهم قانونا ، وذلك لعدم قدرتهم على مباشرة التصرفات القانونية التي تخصهم بأنفسهم ، غير أن القانون قد يجيز لهؤلاء القيام ببعض التصرفات القانونية على سبيل الاستثناء ، ومن ثم يعتبروا كاملي الأهلية بالنسبة لتلك التصرفات التي يباح لهم القيام بها [١] ؛ الأمر الذي يترتب عليه أن يتحدد لمثل هؤلاء موطن خاص بالنسبة للحالات التي يعتبرون فيها كاملي الأهلية وذلك إلى جانب الموطن العام الذي يتحدد بموطن من ينوب عنهم .

من أجل ذلك قرر القانون المصري أن القاصر إذا بلغ ثماني عشرة سنه جاز أن يؤذن له في مباشرة بعض الأعمال القانونية ، وهذه الأعمال هي تلك المتعلقة بإدارة أمواله " م ١١٢ مدني مصري " ويكون القاصر بالنسبة لهذه الأعمال كامل الأهلية ، ويظل قاصرا فيما عدا ذلك .

وقد نصت المادة ٤٢ / ٢ على أن " يكون للقاصر الذي بلغ ثماني عشرة سنة ومن في حكمه موطن خاص بالنسبة إلى الأعمال والتصرفات التي يعتبره القانون أهلا لمباشرتها " .

فالقاصر الذي بلغ ثماني عشرة سنة ، أو المحجور عليه لسفه أو غفلة وأذن لأي منهما بإدارة أمواله أو جزء منها ، يكون له موطن خاص بالأعمال الجائزة له ، إلى جانب موطنه العام الذي يتحدد في هذه الحالة بموطن وليه أو وصية أو القيم عليه [٢] .

---

(١) انظر : د . توفيق فرج – السابق ص ٦٢١ .

(٢) انظر: د . البدراوي– السابق ص ٣٧٢، د . جمال الدين زكي– السابق ص ٤٣٧

ثالثا : الموطن المختار :

الموطن المختار : domicil élu هو الموطن الخاص الذي يتخذه الشخص باختياره لتنفيذ عمل قانوني معين ، كما إذا اختار الشخص موطنا له مكتب محاميه لمزاولة عمل قانوني معين كبيع عقار أو كتابه عقد ، أو رفع دعوى[١] ... الخ ، وقد تحدثت عن الموطن المختار المادة ٤٣ مدني بقولها :

" ١ - يجوز اتخاذ موطن مختار لتنفيذ عمل قانوني معين .

٢ - ولا يجوز إثبات الموطن المختار إلا بالكتابة .

٣ - والموطن المختار لتنفيذ عمل قانوني يكون هو الموطن بالنسبة إلى كل ما يتعلق بهذا العمل ، بما في ذلك إجراءات التنفيذ الجبري إلا إذا اشترط صراحة قصر هذا الموطن على أعمال دون أخرى " .

ويستبين من هذا النص أن إثبات الموطن المختار لا يكون إلا بالكتابة حتى ولو كانت قيمة العمل القانوني الذي اتخذ من أجله لا يزيد خمسمائة جنيه مصري ، وحكمة ذلك أن الموطن المختار استثناء من القاعدة العامة التي تجعل موطن الشخص هو محل إقامته المعتادة.

وإذا كان الأصل أن الموطن المختار مسألة جوازيه للشخص ، أي أن الموطن المختار يتحدد بإرادة الشخص ، إلا أن هذا الأصل ليس إلا تعبيرا عن القاعدة العامة ، إذ أن القانون قد يلزم الشخص بأن يتخذ له موطنا مختارا ، فيكون هذا الإلزام على سبيل الاستثناء ، مثال ذلك ما تنص عليه المادة ٣٠ من قانون الشهر العقاري من ضرورة اتخاذ الدائن المرتهن ومن في حكمه من أصحاب الحقوق العينية التبعية التي تشهر موطنا مختارا له في دائرة المحكمة التي يتبعها العقار وإلا صح إعلانه في قلم كتاب المحكمة .

---

(١) د . أحمد سلامة - السابق ص ١٥٤ .

وإذا عيـن الشـخص لنفسـه موطنا مختار لتنفيذ عمل معين ، فإن هذا الموطـن هو الذي يعتد به في جميع الإجراءات المتعلقة بهذا العمل [١] ، وذلك مـثل استيفاء أقساط الثمن في حالة البيع ، ومطالبة المشتري بسائر التزاماته ، ومقاضـاته بشـأن البيع ، بل واتخاذ إجراءات التنفيذ الجبري إلى غير ذلك مما يتعـلق بتنفيذ العمل القانوني المتفق عليه ، وذلك ما لم يكن هناك اتفاق صريح على قصر الموطن المختار على بعض هذه الأعمال دون البعض الآخر ، وإذا لم يكـن هناك اتفاق خاص فإن الموطن المختار – يستمر إلى حين تنفيذ العمل ولا ينـتهي بمـوت أحد الخصوم ، إذ أن الأمر يستمر كذلك بالنسبة للورثة ، وذلك عكس حالة موت الوكيل الذي تم اختيار موطنه للقيام ببعض الأعمال القانونية ، مثل " أحد المحامين " إذ أن وفاة هذا الوكيل تؤدي إلى انتهاء الموطن المختار ومـن ثم يجب تعيين موطن آخر لإتمام تنفيذ العمل الذي يحدده القانون أو اتفاق الطـرفين ، ولا يجوز تغيير الموطن المختار أو إلغاؤه دون اتفاق ذوي الشأن " الـلهم إلا إذا كان تعيين هذا الموطن قد تم لصالح أحد الطرفين حيث تكفي إرادة هـذا الشـخص وحده ، على أن يخطر ذوو الشأن بذلك " [٢] كمن يختار محام لمزاولة عمل قانوني معين ، فيعتبر مكتب هذا المحامي موطنا مختارا تم اتخاذ كذلك بالإرادة المنفردة .

---

(١) انظر : د . عبد الودود يحيى – السابق ص ٢٥٨ .

(٢) د . توفيق فرج – السابق ص ١٢٣ ، د . أحمد سلامة – السابق ص ١٥٥ .

المطلب الثالث
الأهليـــــــــــة
****

٨٥ - تعريف الأهلية ، وأنواعهـــا :

الأهـــلية لغـــة تعـــني : الصلاحية لأمر معين ، وفي اصطلاح القانون صلاحية الشخص لأن تتعلق به حقوق لـــه أو عليه ، ولأن يباشر بنفسه الأعمال القانونية والقضائية المتعلقة بهذه الحقوق (١) .

ويستبين من هذا التعريف أن الأهلية نوعان : أهلية وجوب وأهلية أداء ، فأهلية الوجوب capacute de gouissance هي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات ، أما أهليـــــــة الأداء Capacité d'exercice فهي صلاحية الشخص لأن يباشر التصرفات القانونية التي تكسبه حقا أو تحمله بالتزام (٢) .

وإذا كان فقه القانون قد عرف الأهلية وأنواعها على النحو السابق فإنه لم يخـــرج بذلـــك عن معنى الأهلية وأقسامها في الشريعة الإسلامية بل لعل الأول اســـتمد أحكام الأهلية من فقه الشريعة الإسلامية ، وقد عرفت الشريعة الإسلامية أهـــلية الوجوب بأنها صلاحية الشخص لوجوب الحقوق المشروعة له أو عليه ، وأهـــلية الأداء بأنهـــا : صلاحية الشخص لصدور العمل القانوني منه على وجه يعـــتد به شرعا (٣) ؛ فأهلية الوجوب- بمعناها السابق - تدور مع الحياة وجودا

---

(١) د . سليمان مرقس - السابق ص ٥٨١، د . عبد الودود يحيى- السابق ص ٢٦٢ ، د . نعمان جمعة - السابق ص ٤٤٣، د . عبد الناصر العطار- السابق ص ٣٢٩ ، د . أحمد سلامة - السابق ص ٣٥ ، د . جمال زكي - السابق ص ٤٣٨ .

(٢) د . أحمد سلامة - السابق ص ٣٧ ، د . توفيق فرج - السابق ص ٦٢٧ .

(٣) انظـــر : الشـــيخ : أحمد إبراهيم - الأهلية وعوارضها في الشرع الإسلامي- مجلة القانون والاقتصاد -- السنة الأولى العدد الثالث ص ٣٥٢ .

وعدما فمتى وجدت الحياة وجدت أهلية الوجوب كاملة غير منقوصة أو محدودة ، ومتى انتهت الحياة زالت أهلية الوجوب كلية ، ومن ثم فهي ترتبط بالشخصية القانونيـــة، أي أن الشخصـــية القانونيـــة وأهلية الوجوب مصطلحان مترادفان ، ويصدقان على معنى واحد ، ومن هنا كان الجنين – كما قدمنا – له أهلية وجوب ناقصة ، أو محدودة تترتب له بمقتضاها بعض حقوق يقررها القانون ٠

أمـــا أهلية الأداء فهي تختلف عن أهلية الوجوب ، لأنها لا تعني القابلية لاكتســـاب الحقـــوق أو تحمـــل الواجبات ، بل تعني قدرة الشخص على مباشرة التصرفات القانونية لحساب نفسه ، أو صلاحية الشخص للقيام بالأعمال القانونية لحساب نفسه ، ومن ثم فهي لا تثبت لجميع الأفراد ، وإنما لن يتوافر فيه قدر من التمييز والإدراك يجعلـــه قـــادرا عـــلى التعبير عن إرادته تعبيرا منتجا لآثار القانونية ، وعلى ذلك فأهلية الأداء تفترض توافر أهلية الوجوب ، ولكن العكس غيـــر صحيح ، لأن الشخص لا يكون بداهة صالحا لإبرام تصرف قانوني معين إلا إذا كان صالحا لكسب الحق الناشئ عنه أو تحمـــل الالتـــزام المترتب عليه ، أما توافر أهلية الوجوب فهو لا يقتضي بذاته توافر أهلية الأداء ، إذا الشخـــص قـــد يكون صالحا لكسب حق أو التحمل بالتزام معين ، ومع هذا يكون غـــير قـــادر عـــلى إبرام التصرف الذي يترتب عليه كسب ذلك الحق ، أو تحمل ذلك الالتزام (١) ٠

---

(١) د ٠ محمود جمال الدين – السابق ص ٤٣٩ ، انظر : د ٠ السنهوري – الوسيط جـ ١ بـــند ١٤٥ ، د ٠ عبد الفتاح عبد الباقي – السابق – ف ٥٤ ، د ٠ توفيق فرج – الســـابق ص ٦٢٧ ، د ٠ سليمان مرقس – السابق ص ٥٨٥ ، د ٠ أحمد سلامة – السابق ص ٣٧ ، د ٠ عبد الناصر العطار – ص ٣٣٠ وما بعدها ، د ٠ عبد الودود يـــحيى – السابق ص ٢٦٢ وما بعدها ، د ٠ نعمان جمعة – السابق ص ٤٤٤ وما بعدها ٠

وإذا كـــانت أهلية الأداء لازمة لإبرام التصرفات القانونية – كما قدمنا – فهـــذا يعني استبعاد الأعمال المادية ، ذلك أن الأعمال التي تصدر من الإنسان ، أمـــا أن تكون **أعمالا قانونية** ، أي تصرفات ؛ وهي التي تحتاج إلى الإرادة في إنشائها ، وفي ترتيب آثارها ، وأما أن تكون أعمالا مادية لا تحتاج إلى الإرادة، وإنمـــا يـــرتب عليها القانون آثارا قانونية حتى ولو لم يرد الشخص ترتيب تلك الآثـــار [١] ، كمـــا إذا أتلف شخص مالا مملوكا للغير – فهي لا تستوجب تدخل الإرادة لترتيب آثارها .

والحديـــث فـــي أهلية الأداء يقتصر على التصرفات القانونية سواء تمت هـــذه التصـــرفات بإرادة واحدة كالوصية ، أم بإرادتين كعقد البيع ، والإيجار ، والوكالـــة ... الـــخ ، هذا فضلا عن أن حديثنا سيقتصر على معالجة أهليـــة الأداء ، لأنهـــا هي المقصودة بالتدرج حسب السن ، وتتفاوت في نقصانها وكما لها مع الإدراك والتمييز ، ومن ثم فهي وحدها المعنية والتي نقصدها عند إطلاق لفظ " الأهلية " .

٨٦ – الأهلية والولايـــة :

تختـــلف أهـــلية الأداء عن الولاية ، فالأولى تعني صلاحية الشخص أو قدرتـــه عـــلى مباشـــرة الأعمال القانونية التي تنتج آثارها بالنسبة إليه هو ، أي لحســـاب نفســـه ، أما الولاية فهي صلاحية الشخص لإبرام التصرفات لحساب شـــخص آخـــر ، مثل ولاية الأب على الابن حيث يقوم الأب بصفته وليا بإبرام التصـــرفات القانونيـــة باسم ابنه ولحساب ابنه [١] ؛ والوصي الذي يقوم بأعمال قانونية تنتج آثارها في أموال القاصر .

---

(١) انظر : د . نزيه المهدي – السابق ص ١٢٥ ، د . عبد الودود يحيى – السابق ص ٢٦٤ .

٨٧ - تقسيم التصرفات القانونية من حيث أهلية الأداء :

تنقسم التصرفات القانونية من حيث أهلية الأداء إلى ثلاثة أقسام :

١ - تصرفات نافعة نفعا محضا ، وهي التصرفات القانونية التي يترتب عليها اغتناء الشخص دون مقابل ، ومثالها قبول الهبة وقبول الوصية ، وقبول الإبراء من الدين ، فهذه الأعمال والتصرفات تزيد من حقوق الشخص أو تنقص من ديونه ، دون أن يتحمل أي مقابل ٠

٢ - تصرفات ضارة ضررا محضا ، وهي التصرفات القانونية التي يترتب عليها افتقار الشخص دون مقابل ، ويشمل هذا النوع من التصرفات أعمال التبرع ، كالهبة بالنسبة للواهب ، والإبراء من الدين بالنسبة للدائن ، والوصية بالنسبة للموصي ٠

٣ - التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ، وهي التصرفات التي يأخذ فيها كل من المتعاقدين مقابلا لما يعطي كالبيع والإجارة والشركة ، فهي أعمال تحتمل الكسب والخسارة معا ، ولذلك تسمى أعمالا دائرة بين النفع والضرر ٠

وهذه التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ، تنقسم إلى **أعمال تصرف:** كالبيع ، إذ يترتب عليه خروج الشيء المبيع من ذمة البائع ، **وأعمال إدارة :** وهي التي تكون بقصد استغلال الشيء واستثماره دون المساس بأصله كالإيجار الذي يترتب عليه تمكين شخص من الانتفاع بالعين المؤجرة في مقابل أجرة معينة ، دون خروج العين المؤجرة من ملكية صاحبها المؤجر ٠

مناط أهلية الأداء – تقسيم :

جعل المشرع الوضعي مناط أهلية الأداء : التمييز أو الإدراك ؛ وترتيبا على ما تقدم فأهلية الأداء تنقسم إلى ثلاثة أقسام : أهلية أداء كاملة ، وهي تتوافر فـي الشـخص إذا كان كامل التمييز ، وأهلية أداء ناقصة : وهي تكون عند من يكـون ناقص التمييز ، وأهلية أداء معدومة : وهي تكون إذا كان الشخص عديم الـتمييز ، أمـا الـتمييز : فهو يتأثر بعاملين : **أولهما** : عامل السن حيث جعله القانون معيارا لتحديد درجة التمييز عند الشخص ، **وثانيهما** : العاهة العقلية التي تصيب الشخص فتؤثر في درجة تمييزه ، وهذا ما يسمى بعوارض الأهليـة ، هـذا فضـلا عن تدخل القانون لتعطيل أهلية الشخص " موانع الأهلية " لأسباب سنعرفها في حينها .

وعلى هذا فسنقسم هذا المطلب إلى أربعة فروع هي :

الفرع الأول : للحديث عن مراحل تدرج الأهلية بحسب السن .

الفرع الثاني : للحديث عن عوا ض الأهلية .

الفرع الثالث : للحديث عن موانع الأهلية .

الفرع الرابع : للحديث عن الولاية .

الفرع الأول
مراحل تدرج الأهلية بحسب السن

****

٨٩ – الأدوار التي تمر بها حياة الإنسان من حيث الأهلية :

يمر الإنسان من وقت ولادته إلى حين وفاته بثلاثة مراحل يحدد القانون بداية كل منها ونهايتها ، وتتدرج الأهلية تبعا لهذه المراحل :

١ – المرحلة الأولى :

وتــبدأ بـــالولادة وتنتهي ببلوغ الشخص سن التمييز وهي سن السابعة ، ويسمى " الصبي غير المميز " ويكون الشخص في هذه المرحلة عديم الأهلية ٠

٢ – المرحلة الثانية :

وتبدأ من سن السابعة إلى سن الرشد وهي إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة . وفـــي هذه المرحلة يكون الشخص " صبيا مميزا " [١]ولكنه غير كامل عناصر الرشد ، ومن ثم فهو ناقص الأهلية ٠

٣ – المرحلة الثالثة :

وتــبدأ مـــن سن الرشد وتستمر حتى وفاة الشخص ، وفي هذه المرحلة يكـــون الشخص بالغا رشيدا ، ولذا يكون كامل الأهلية ، وسنتكلم عن أحكام كل مرحلة من هذه المراحل تفصيلا على التوالي :

٩٠ – المرحلة الأولى :

الصبي غير المميز " انعدام الأهلية " :

تبدأ هذه المرحلة بالميلاد وتنتهي ببلوغ الصغير سبع سنوات ، وفي هذه المرحـــلة يكون الصبي فاقد التمييز ، ومن ثم لا تكون له أهلية أداء مطلقا ، أي يكـــون عديم الأهلية ، ولا يستطيع مباشرة حقوقه المدنية ولا القيام بأي تصرف قـــانوني ، ولئن قام بشيء من ذلك يكون تصرفه باطلا بطلانا مطلقا ، أي يعتبر كأن لم يقع ، ولا يمكن تصحيح هذا التصرف عن طريق الإجازة ، وسواء أكان هذا التصـرف نافعا للصبي غير المميز نفعا محضا أم لا ، فتصرفه يعتبر معدوما

---

(١) انظر : د ٠ عبد الودود يحيى – السابق ص ٢٦٦ ٠

في جميع الحالات ، لأن التصرف القانوني مبناه الإرادة ، والصبي غير المميز عديم الإرادة ، ولذلك يكون تصرفه غير ذي أثر سواء أكان نافعا نفعا محضا له، أم ضارا به ضررا محضا ، أم دائرا بين النفع والضرر ، وعلى ذلك ، إذا قبل الصبي غير المميز هبة ، فلا يترتب على قبوله إياها أي أثر قانوني ، بل يظل إيجاب الواهب غير ملتق بقبول ، وبالتالي لا يرقى أبدا إلى مرتبة العقد الذي لابد منه لكي توجد الهبة (١) ، ولذلك كان حكم القانون منطقيا حين قضى بتعيين ولي على الصبي غير المميز لينوب عنه في إدارة أمواله كما سنرى مستقبلا ، وإبرام التصرفات القانونية لحسابه في الحدود التي يقررها القانون ، وقد قررت هذه الأحكام المادة ٤٥ مدني مصري بقولها :

" ١ - لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون .

٢ - وكل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقد التمييز .

كما قضت المادة ١١٠ مدني مصري بأن الصغير غير المميز ليس له حق التصرف في ماله ، وتكون جميع تصرفاته باطلة .

٩١ - المرحلة الثانية : الصبي المميز " نقص الأهلية " :

تبدأ هذه المرحلة من سن السابعة وتنتهي ببلوغ سن الرشد التي حددها القانون ؛ وهي إحدى وعشرين سنة ميلادية كاملة " المادة ٤٤ / ١ مدني " ويطلق على الشخص في هذه المرحلة اسم " الصبي المميز " أو " القاصر " فالصبي هنا توافرت له بعض أسباب الإرادة ، والصبي المميز أكبر من الصبي غير المميز وهو في نفس الوقت لم يكتمل له هذا الإدراك ؛ لعدم بلوغ سن الرشد ، ومن ثم كان الصبي المميز أو القاصر يمثل مرحلة

---

(١) د . أحمد سلامة - السابق ص ٤٤ ، د . نزيه المهدي - السابق ص ١٢٧ .

وســطى بين عديم التمييز وكامل التمييز ، ولذا تكون له أهلية أداء ناقصة ، وقد بين القانون حكم تصرفات الشخص في هذه المرحلة حيث قرر أنه توجد في هذا الصــدد قــاعدة عامة ، إلا أنه ترد عليها بعض الاستثناءات التي يكون القاصر بمقتضاها في حكم من هو كامل الأهلية ·

أولا : القاعدة العامة :

تنص المادة ١١١ مدني مصري على أنه :

" ١ – إذا كــان الصبي مميزا كانت تصرفاته المالية صحيحة متى كانت نافعة نفعا محضا ، وباطلة متى كانت ضارة ضررا محضا ·

٢ – أمــا التصــرفات الماليــة الدائرة بين النفع والضرر فتكون قابلة للإبطــال لمصــلحة القاصــر ، ويــزول حق التمسك بالإبطال إذ أجاز القاصر التصرف بعد بلوغه سن الرشد ، أو إذا صدرت الإجازة من وليه أو من المحكمة بحسب الأحوال وفقا للقانون " ·

ويستبين من هذا النص أن القانون يفرق بين الأنواع المختلفة لتصرفات القاصر على النحو الآتي :

١ – التصــرفات الماليــة الــنافعة نفعا محضا كقبول الهبات ، فتعتبر صحيحة إذا باشرها القاصر المميز ·

٢ – التصرفات الضارة بالقاصر ضررا محضا كتبرعاته عامة أو هباته لــلغير ، أو إبــراء مدينه من الدين ، تكون باطلة بطلانا مطلقا ، وتعتبر كأن لم تكن ولا تنتج أي أثر ·

٣ – التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ، كالبيع والإيجار ، والشركة تكون قابلة للإبطال ، أي باطلة بطلانا نسبيا لمصلحة القاصر الذي باشرها ، لأن الولــي أو الوصــي عــلى القاصر هو الذي ينبغي أن ينوب عنه في إبرام هذه التصرفات ، فإذا أبرمها القاصر بنفسه فإنها تكون قابلة للإبطال لمصلحتــه ، أي

يجوز لولي القاصر أن يطلب من المحكمة إبطالها إذا رأى أنها ضارة بمصلحة الصغير ، ويزول حق التمسك بالإبطال إذا أجاز الصبي المميز " القاصر " التصرف بعد بلوغه سن الرشد أو إذا صدرت الإجازة من وليه أو وصيه أو المحكمة بحسب الأحوال طبقا للسلطة المخولة لكل منهم طبقا للقانون ٠

ويلاحظ أن ناقص الأهلية إذا لجأ إلى طرق احتيالية لإخفاء نقص أهليته على من تعاقد معه ، فإنه يلتزم بالتعويض عن الإضرار التي قد تصيب المتعاقد الآخر من جراء إخفاء نقص أهليته [١] ٠

كما يراعي أن العبرة في التصرفات الدائرة بين النفع والضرر هي بطبيعة هذه التصرفات ، وليس بما ينتج عنها من كسب أو خسارة ، فإذا كان هذا التصرف الذي باشره القاصر قد عاد عليه بفائدة محققه كما إذا باع شيئا بثمن أعلى من الثمن العادي أو اشترى شيئا أقل بكثير من الثمن العادي ، فإن التصرف مع ذلك يكون أيضا قابلا للإبطال ، لأن العبرة بطبيعة التصرف وليس بنتيجة التصرف ، وطبيعة التصرف أنه يدور بين النفع والضرر [٢] ٠

كما تجدر الإشارة : إلى أن القانون الوضعي حين قرر أن القاصر يظل ناقص الأهلية إلى أن يبلغ إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة ، يكون قد خالف

---

(١) انظر : د ٠ توفيق فرج – السابق ص ٦٣٤ ، د٠ البدراوي – السابق ص ٣٨٣ – ٣٨٧ ، د ٠ جمال زكي – السابق ص ٤٤٣ ، د ٠ أحمد سلامه – السابق ص ٤٥ ، ٤٦ ، د ٠ عبد الناصر العطار – السابق ص ٣٣٨ ، ٣٤٠ ، د ٠ نزيه المهدي – السابق ص ١٢٩ ؛ وانظر المادة : ١١٩ مدني مصري ٠

(٢) انظر : د ٠ محمد شكري سرور – السابق ص ١٨٨ ، د ٠ توفيق فرج – السابق ص ٦٣٤ هامش (٢) ، د ٠ أحمد سلامه – السابق ص ٤٦ ٠

أحكـــام الشريعة الإسلامية التي تقضي بأن الشخص يكون رشيدا متى بلغ الحلم وذلـــك بتمام الخامسة عشرة سنة هجرية عاقلا عند جمهور الفقهاء ، أو بظهور علامـــات البـــلوغ المعروفة كالاحتلام ، وظهور العانة ... الخ هذه العلامات المعروفة تفصيلا في كتب الفقه الإسلامي .

ثانيا : الاستثناءات التي ترد على القاعدة المتقدمة :

تزد على القاعدة العامة السابقة عدة حالات استثنائية يأخذ ناقص الأهلية حكـــم الشـــخص الذي كملت أهليته ، ومن ثم يكون للصبي المميز إبرام بعض التصرفات القانونية ، وتقع منه صحيحة بالشروط وفي الحدود التي بينها القانون بالنسبة لكل حالة ويمكن بيان أهم هذه الحالات الاستثنائية فيما يلي :

(١) جواز تصرف الصبي في المال المخصص لأغراض نفقته :

تـــنص المـــادة ٦١ من قانون الولاية على المال رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ على أن " للقاصر أهلية التصرف فيما يسلم إليه أو يوضع تحت تصرفه عادة من مـــال لأغـــراض نفقته ، ويصبح التزامه المتعلق بهذه الأغراض في حدود هذا المال فقط " .

ويســـتبين من هذا النص أن الصبي المميز البالغ من العمر سبع سنوات ولـــم يصـــل إلى الحادية والعشرين - والذي تقتضي الظروف بأن يتسلم أموالا ليـــنفق مـــنها على نفسه مثل الطالب المقيم في بلدة أخرى غير موطنه الأصلي بقصد التعليم ، ويرسل له أهله أموالا للإنفاق منها على متطلبات تعليمه وحياته ، ومـــن أجـــل ذلك أجاز القانون لـــــه أن يتصرف في هذه الأموال بكافـــــة أعمـــال التصرف أو الإدارة دون أذن من الولي أو الوصي ، ومن ثم يكـــون الصغير كامل الأهلية لما يعطي له من مال لينفق منه ، ويستطيع أن يباشـــر كل

أنواع التصرف عليه حتى التبرع [١] ، وأي تصرف يأتيه الصغير في حدود هذا المـال يكـون صحيحا حتى ولو كان قد التزم بالتزام نتج عن هذا الإنفاق ، مع ملاحظة أن مضمون هذا الالتزام لا يمكن أن يتجاوز قيمة الأموال التي تعطي له لأغراض نفقته فقط .

ب - حق عقد العمل الفردي :

تقضي المادة ٦٢ من قانون الولاية على المال بأن للقاصر أن يبرم عقد العمـل الفردي وفقا لأحكام القانون ، وللمحكمة بناء على طلـب الوصـي أو ذي الشـأن إنهـاء العقد رعاية لمصلحة القاصر أو مستقبله أو لمصلحة أخرى ظاهرة .

فهـذا النص يبين أن عقد العمل الذي يبرمه القاصر أيا كانت سنه يكون صـحيحا ومـلزما [٢] ؛ وذلك استثناء من القاعدة العامة التي كان من شأنها أن تجعل هذا العقد قابلا للإبطال .

بيـد أن الـنص السابق أجاز للمحكمة بناء على طلب الوصي أو ذوي الشـأن أن تأمر بإنهاء العقد رعاية لمصلحة القاصر أو مستقبله أو لأي مصلحة

---

(١) د . أحمـد سلامة - السابق ص ٤٩ ، د . نزيه المهدي - السابق ص ١٣٠ ، د . جميـل الشـرقاوي - السـابق ص ١٣٠ ، د . حسن كيرة - السابق ص ٨٠٠ ، وعكـس ذلك د . إسماعيل غانم - الذي يرى أن القاصر لا يكون له أن يتبرع من المـال الـذي يعطي له على سبيل النفقة " ، وأيده في ذلك : د . منصور مصطفى منصور - السابق ص ١٥٤ .

(٢) وذلـك في حدود نصوص قانون العمل ، الذي يمنع في مصر تشغيل من لم يتم ١٢ سـنة منعا باتا ، كما يجوز منع تشغيلهم في بعض الصناعات ما لم تصل سنهم إلى حد معين [انظر م ١٢٤ من قانون العمل وما بعدها وتعديلاته اللاحقة] .

أخرى ظاهرة ، كما لو كان القاصر مريضا بمرض معين ، أو كان في استعداده ما ينبئ بمستقبل أفضل فيما لو انصرف إلى التعليم أو الاشتغال بفن من الفنون[١] .... الخ .

جـ- حق التصرف فيما يكسبه القاصر من مهنته :

تقضي المادة ٦٣ من قانون الولاية على المال السابق بأن القاصر إذا بلغ عمره ستة عشر عاما يعتبر كامل الأهلية ، وأهلا للتصرف في المال الذي يكسبه من عمله من أجر أو غيره ، ويكون تصرفه في هذا المال صحيحا دون أذن أو أجازه وليه أو وصيه ؛ وقد قصد القانون بهذا الحكم تشجيع القاصر على العمل والتكسب ، على أن يراعي أن للقاصر أن يجرى كل أنواع التصرفات الخاصة بهذا المال ، أي سواء كانت أعمال إدارة ، أم أعمال تصرف ، أم تبرعات ، وذلك في حدود المال الذي يكسبه من مهنته أو صناعته فقط[٢] .

وإزاء خشية المشرع من اندفاع القاصر إلى الإنفاق والإسراف في هذا المال الذي يكسبه من عمله ، - وخاصة إذا كان من الحرفيين الذين يحصلون على دخل كبير من عملهم - نص القانون في المادة ٦٣ / ٢ من قانون الولاية على المال بأن للمحكمة " إذا اقتضت المصلحة أن تقيد حق القاصر في التصرف في ماله المذكور وعندئذ تجري أحكام الولاية والوصاية " .

د . القاصر المأذون له بالإدارة :

تنص المادة ١١٢ من القانون المدني على أنه " إذا بلغ الصبي المميز

---

(١) انظر : د . البدراوي - السابق ص٣٩١ .

(٢) انظر : د . توفيق فرج - السابق ص ٦٤٢ ، د . عبد الودود يحيى - السابق ص ٢٧١ .

الثانية عشرة من عمره وأذن له في تسلم أمواله لإدارتها أو تسلمها بحكم القانون كانت أعماله الإدارية الصادرة منه صحيحة في الحدود التي رسمها القانون ٠

وقــد جاء قانون الولاية على المال ونظم في المواد : ٥٤ ، ٥٥ ، ٥٦ ، ٥٨ ، ٥٩ ، ٦٠ منه ما يعرف بالإذن للصبي بالإدارة وبمقتضى هذا التنظيم لابد من صدور الإذن حتى يقوم هذا الاستثناء ، فالقاصر الذي بلغ سن الثامنة عشرة مــن عمرة يجوز أن يؤذن له بتسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها ، وهذا الإذن قــد يصـــدر مــن الولي وهو الأب أو الجد عند غياب الأب ، ويتم بإشهاد لدى الموثــق ، وإما أن يصدر الإذن من المحكمة بعد سماع أقوال الوصي عندما لا يوجــد ولي القاصر ويكون الإذن للصغير بإدارة كل أمواله أو جزء منها ، وإذا رفضــت المحكمة الإذن فلا يجوز تجديد طلبه قبل مضي سنة من تاريخ صدور القرار النهائي بالرفض ٠

وإذا صــدر الإذن للقاصر بإدارة أمواله كلها أو بعضها من الولي أو من المحكمة ، فإن الأهلية التي تمنح للقاصر في هذه الحالة هي أهلية الإدارة فقط ، أي أن القاصر يكون له مباشرة أعمال الإدارة- وليس أعمال التصرف - بالنسبة لما أُذن له فيه، ويقصد بأعمال الإدارة الأعمال اللازمة لحفظ الشيء أو استغلاله وتطبيقا لذلك يكون للقاصر أن يبرم التصرفات اللازمة لترميم وصيانة مما سلم إليــه ، وأن يؤجــره إذا كــان منزلا مثلا ، وأن يقوم بالأعمال اللازمة لزارعة أرضه وله أن يستوفى ويوفي الحقوق والديون الناتجة عن هذه الأعمال ٠ بيد أنه يــراعي أن أهليته القاصر المأذون بالنسبة لأعمال الإدارة ليست مطلقة ، فهناك تصرفات رغم أنها تعتبر من أعمال الإدارة ، لا يجوز للقاصر المأذون مباشرتها وذلــك تقديرا لخطورة هذه التصرفات ، فقد حظرت المادة ٥٦ من قانون الولاية على المال أن يؤجر القاصر الأرض الزراعية والمباني لمدة تزيد على سنــة ،

وترتيبا على ذلك : إذا أجر القاصر المباني لمدة تزيد على سنة كان عقد الإيجار صحيحا لمدة السنة ، وقابلا للإبطال - بحسبانه دائرا بين النفع والضرر - فيما يجاوز هذه المدة [١] ؛ كما حظر القانون على المأذون له بالإدارة أن يفي بديونه الأخرى غير المترتبة على أعمال الإدارة حتى ولو كانت ثابتة بحكم واجب النفاذ أو أي سند تنفيذي آخر إلا بأذن خاص من المحكمة أو من الوصي في حدود سلطاته ، وذلك حتى يمكن - التحقق من الأشراف التام على تصرفات القاصر المأذون له في كل حالة على حدة ٠

كما أن القانون حظر على القاصر المأذون له أن يتصرف في دخله إلا بالقدر اللازم لسد نفقاته ومن تلزمه نفقتهم قانونا ، حماية له من أتلاف أمواله فيما لا يعود عليه بالمنفعة ٠

وأخيرا فإن القانون ألزم القاصر المأذون له بالإدارة أن يقدم حسابا سنويا عن هذه الإدارة يؤخذ عند النظر فيه رأي الوصي ؛ وللمحكمة أن تأمر بإيداع المتوفر من دخله إحدى خزائن الحكومة أو أحد المصارف ولا يجوز له سحب شيء منه إلا بأذن منها ، كما أن القانون أعطى الحق للولي في سحب الإذ بالإدارة أو الحد منه بإشهاد لدى الموثق ، كما أن القانون أجاز للمحكمة سواء من تلقاء نفسها أو بناء على طلب النيابة العامة أو أحد ذوي الشأن - أن تحد من الإذن أو تسلب القاصر إياه بعد سماع أقواله ، وذلك إذا قصر الصغير في تقديم الحساب المذكور أو إذا أساء التصرف في إدارته أو إذا قامت أسباب أخرى يخشى معها من بقاء الأموال في يده ٠

---

(١) د ٠ أحمد سلامة - السابق ص ٥٢ ، د ٠ نزيه المهدي - السابق ص ١٣٢ ، د ٠ توفيق فرج - السابق ص ٦٣٦ ٠

هـ - الإذن للقاصر بالاتجار :

تنص المادة ٥٧ من قانون الولاية على المال على أنه " لا يجوز للقاصر سواء كان مشمولا بالولاية أو الوصاية أن يتجر إلا إذا بلغ الثامنة عشرة من عمره وأذنته المحكمة في ذلك أذنا مطلقا أو مقيدا " .

ويستبين من هذا النص أنه يشترط لكي يشتغل القاصر بالتجارة توافر شرطين :

أولهما : أن يبلغ القاصر الثامنة عشرة من عمره .

ثانيهما : أن تأذن له المحكمة بالتجارة .

ويلاحظ أن الإذن بالاتجار لا يجوز أن يصدر من الولي أبدا بل يجب أن يصدر من المحكمة – وذلك على خلاف الأذن بالإدارة وسواء بعد ذلك أكان القاصر مشمولا بالولاية أم بالوصاية ، ولعل حكمة اشتراط إذن المحكمة هنا هو أن مزاولة التجارة لا تعتبر من قبيل أعمال الإدارة ؛ كما أنها تستتبع مسئوليات جسيمة وخطيرة قد تودي بالمال بأسره ، ولذلك لزم إذن المحكمة [١] وإذا أذنت المحكمة للقاصر بالاتجار أصبح كامل الأهلية فيما أذن له فيه ، وفي التقاضي فيه .

و - الأذن للقاصر بالزواج :

تنص المادة ٦٠ من قانون الولاية على المال على أنه " إذا أذنت المحكمة في زواج القاصر الذي له مال ، كان ذلك أذنا له في التصرف في المهر والنفقة ، ما لم تأمر المحكمة بغير ذلك عند الأذن أو في قرار لاحق "

---

(١) انظر : د . البدراوي – السابق ص ٣٩٥ ، د . توفيق فرج – السابق ص ٦٣٨ .

ويتضح من هذا النص أن المحكمة إذا أذنت بالزواج للقاصر كان لـــه أن يعطي المهــر إلى زوجــته ، وكــان للزوجة أن تتصرف فيما أخذته ، كما أنه بمجرد صـــدور أذن المحكمـــة للقاصر بالزواج يكون لـــه أن ينفق على زوجته ويكون لـــلزوجة أن تتصـــرف فيما تأخذه من الزوج على سبيل النفقة ؛ كما يلاحظ أن أهـــلية التصرف في المهر والنفقة منوطة بالنسبة للزوج بمهر ونفقة المثل ، فإن تجاوزهـــا القاصـــر كان غير أهل فيما تجاوز فيه وفي جميع الظروف تستطيع المحكمة أن تحدد مقدار النفقة والمهر الذي يدفعهما القاصر لزوجته سواء تم هذا التحديد في الأذن نفسه أم في قرار لاحق (١) .

وأخيرا يراعي أن المقصود بالمهر : الصداق الذي يؤديه الزوج لزوجته ولا يدخل فيه الدوطة والبائنة التي تقدمها الزوجة للزوج في بعض الشرائع ، كما أن المحكمـــة لن تأذن بالزواج للقاصر إلا إذا كان قد بلغ ثماني عشرة سنة ، إن كـــان ذكـــرا وســـت عشرة سنة أن كان أنثى " الحد الأدنى للزواج في القانون المصري " .

ز – إجازة وصية القاصر :

أجازت المادة الخامسة من قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ جواز صحة وصـــية الشخص الذي بلغ الثامنة عشرة من عمرة متى أذنت له المحكمة بذلك ، وبالرغم من أن الوصية مثلها مثل التبرع ، – أي من التصرفات الضارة ضررا محضا – إلا أن القانون أجازها من القاصر الذي بلغ ثماني عشرة سنة وأذنت له المحكمـــة بذلك؛ لأن الوصية باعتبارها تصرفا مضافا لما بعد الموت لا تنفذ إلا

---

(١) انظـــر : د . أحمد سلامة – السابق ص ٥٤ ، د . نزيه المهـــدي – السابـــــق ص ١٣٤

بعــد وفــاة الموصـــي ، ومن ثم لا خطر منها على حياة الموصى ؛ كما أنها تصرف غير لازم بمعنى أن الموصي " القاصر " يستطيع أن يرجع عنها في أي وقت يشاء .

المرحلة الثانية : البالغ الرشيد :

تنص المادة ٤٤ مدني مصري على أن " :

(١) كــل شـــخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية ،

(٢) وسن الرشد هي أحد وعشرون سنة ميلادية كاملة " .

ويـــبين مـــن هـــذا النص أن : البالغ العاقل الرشيد : هو من بلغ إحدى وعشـــرون ســـنة ميلاديـــة كامـــلة ، وتنتهي الولاية على القاصر ببلوغه إحدى وعشـــرون سنة ما لم تحكم المحكمة قبل بلوغه هذه السن باستمرار الولايـــة عـــليه [١] ؛ فإذا بلغ الشخص سن الرشد - ٢١ سنة ميلادية كاملة - اكتملت لـــه عناصر التمييز وأصبح بذلك كامل الأهلية ويستطيع مباشرة كافة التصرفات القانونية سواء كانت نافعة له نفعا محضا ، أو ضارة به ضررا محضا أو كانت تـــدور بين النفع والضرر ، ولكن يتعين أن يكون قد بلغ هذه السن متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه لعارض من عوارض الأهلية أو مانع من موانعها ، وهو ما سنتحدث عنه في الفرعين التاليين :

---

(١) انظر المادة : ١٨ من قانون الولاية على المال .

الفرع الثاني
عـوارض الأهليـــة

****

٩٤ – تعريف وتقسيم:

عــوارض الأهلية عبارة عن : أمور تعرض للشخص فتؤثر في أهليته فالشــخص قـد يبــلغ ســن الرشد ، ويصير بذلك كامل الأهلية ، ثم يطرأ عليه عارض يصيب العقل فيعدم التمييز كالجنون أو العته ؛ أو عارض يفسد التدبير(١) كالسفه والغفلة ، ويصبح الشخص بذلك غير كامل الأهلية .

وعوارض الأهلية أربعة : الجنون ، والعته ، والسفه ، والغفلة .

وتنقسم هذه العوارض في التشريع الوضعي المصري إلى قسمين : يضم كل قسم منهما عارضين :

أما القسم الأول : فيشمل العوارض التي تصيب الشخص في عقله وهي الجنون والعته .

ويشمل القسم الثاني : العوارض التي تصيب الشخص في تدبيره وتقديره ، وهي السفه والغفلة .

وجدير بالذكر أن ننوه إلى أن العوارض التي تصيب العقل يترتب عليها انعــدام الأهلية كلية : أما العوارض التي تصيب الشخص في تدبيره فتنقص من الأهــلية فقــط ، تأسيســا على أن ما يصيب العقل يؤدي إلى انعدام التمييز وما يصيب التدبير يؤدي إلى نقصان التمييز فقط .

---

(١) نظــر : د ٠ جمال زكي – السابق ص ٤٦٢ ، د ٠ سليمان مرقس – السابــــق ص ٦٠٢ ، د ٠ عبد الودود يحيى – السابق ص ٢٧١ ، د ٠ توفيق فرج – السابق ص ٦٤٦ ، د ٠ عــبد الناصــر العطار – السابق ص ٣٤٥ ، د ٠ أحمد سلامة – السـابق ص ٥٨ ، د ٠ نــزيه المهدي – السابق ص ١٣٥ ، د ٠ محمد شكري – السابق ص ١٥١ ، د ٠ نعمان جمعة – السابق ص ٤٥١ .

كمـــا تجـــدر الإشارة إلي أن الشخص لا يعتبر مجنونا ، أو معتوها أو ســـفيها ، أو ذا غفلة : إلا إذا صدر حكم من المحكمة بتوقيع الحجر عليه ، ولا ينـــتهي العارض قانونا إلا بزوال الحجر من المحكمة أيضا ؛ وإلى ذلك أشارت المـــادة ١١٣ مدني بقولها : " المجنون والمعتوه وذو الغفلة والسفيه تحجر عليهم المحكمة ، وترفع الحجر عنهم وفقا للقواعد والإجراءات المقررة في القانون " أما القـــانون الذي ينظم هذه الإجراءات فهو قانون الولاية على المال ، والذي ينص في المادة ٥ منه على أنه " يحكم بالحجر على البالغ للجنون أو للعته أو للسفه أو للغفـــلة ، ولا يـــرفع الحجر إلا بحكم ؛ وتقيم المحكمة على من يحجر عليه قيما لإدارة أمواله وفقا للأحكام المقررة في هذا القانون " .

وسنعالج أحكام هذه العوارض تفصيلا فيما يلي :

٩٥ – الجنون والعتـــه :

الجنـــون : مـــرض أو آفـــة تؤدي إلى فقدان العقل واختلال توازنه فيفقد صاحبه التمييز والإدراك (١) .

والعتـــه : خلل يصيب العقل فيؤدي بمن اعتراه إلى قلة الفهم واختلاط الكـــلام وفســـاد التدبير (٢) ، ويتميز عن الجنون بكونه غير مصحوب بهياج أو اضطراب ، ومن اعتراه عته ، لا يضرب ولا يشتم كما يفعل المجنون .

---

(١) انظر : د . عبد الودود يحيى – السابق ص ٢٧٤ ، د . أحمد سلامة – السابـــق ص ٥٨ .

(٢) انظر : د . سليمان مرقس – السابق ص ٦٠٣ ، د . محمد شكري – السابـــق ص ١٩٢ .

والقانون المصري يسوى بين المجنون والمعتوه في الحكم ، ويعتبر كل منهما عديم الأهلية كالصغير غير المميز الذي لم يبلغ السابعة من عمرة ؛ لأن العته والجنون طالما يؤديان إلى فقد الإدراك والتمييز فهما يؤديان بالضرورة إلى فقد الأهلية (١) ، وقد نصت على هذا الحكم المادة ٤٥ / ١ مدني بقولها : " لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون " .

وإذا كان القانون المصري قد سوى بين الجنون والعته في الحكم فإنه لم يأخذ في هذا الشأن بما تقرره الشريعة الإسلامية ، التي تفرق بالنسبة للجنون بين الجنون المطبق ، أي الجنون المستمر الذي لا ينقطع ولا يفيق منه الشخص أبدا ، وبين الجنون المتقطع وهو الجنون الذي تتخلله فترات إفاقة ، وقد قررت الشريعة الإسلامية أن تصرفات المجنون جنونا مطبقا ، تكون كلها باطلة بطلانا مطلقا .

أما في حالة الجنون المتقطع فإن التصرفات التي تتم في وقت الجنون هي التي تكونا باطلة فقط ، أما ما يصدر من المجنون من تصرفات في فترات الأفاقة ، فإنها تكون صحيحة ونافذة ، وعلى ذلك فإن الجنون الذي يعدم التمييز هو الجنون المطبق (٢) ؛ وفي حالة الجنون غير المطبق تعتبر تصرفات للجنون في حالة الإفاقة كتصرفات العاقل تماما .

كما أن القانون المصري لم يفرق بالنسبة للعته بين حالتين تفرق بينهما الشريعة الإسلامية فهي تفرق بين العته الذي يعدم التمييز ، وبين الذي ينقص منه

---

(١) انظر : د . جمال زكي – السابق ص ٤٦٤ .

(٢) انظر : د . توفيق فرج – السابق ص ٦٤٧ ، د . نزيه المهدي – السابق ص ١٣٦

(٣) م : ١٧٩ من مجلة الأحكام العدلية ، وانظر: د . عيسوي – المدخل ، ونظرية العقد ص ٤٥٢ ط ٥٩ .

فقــط دون أن يعدمــه ، وفــي الحالة الأولى يكون المعتوه كالصبي غير المميز والمجــنون ، وفــي الحالــة الثانية يكون كالصبي المميز [١] ، ولم يأخذ القانون المصــري بهــذه التفرقة وهو أمر غير سديد من المقنن المصري ، وسوى بين المعــتوه والمجــنون والصغير غير المميز في الحكم ، واعتبرهم جميعا عديمي الأهلية نظرا لفقد التمييز .

وقــد بينت المادة ١١٤ حكم التصرفات التي تصدر من الجنون والمعتوه فنصت على أنه " :

(١) يقع باطلا تصرف المجنون والمعتوه إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجر .

(٢) أمــا إذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلا إلا إذا كــانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد ، أو كان الطرف الأخر على بينه منها " [٢] .

ويســتبين مــن هذا النص أنه تجب الفرقة بين حالتين بالنسبة لتصرفات المجنون والمعتوه :

أ – الحالة الأولى :

تصرفات المجنون والمعتوه بعد تسجيل قرار الحجر عليهما :

إذا صــدر التصــرف القانوني من المجنون أو المعتوه بعد تسجيل قرار الحجر عليهما ، فإن هذا التصرف يكون باطلا بطلانا مطلقا أيا كانت طبيعة هذا التصرف ، أي سواء كان نافعا نفعا محضا له ، أو ضارا به ضررا محضا ، أو دائــرا بيــن النفع والضرر ؛ وقد سبق أن ذكرنا أن المجنون والمعتوه لا يعتبر

---

(١) مجلة الأحكام العدلية م ٩٨ .

(٢) مجلة الأحكام العدلية م ١٥٧ .

كذلك قانونا إلا بتوقيع الحجر عليهما من المحكمة ، ومن ثم فإنه يجب أن يقدم طلبا بالحجر على كل منهما ، وأن يصدر بذلك قرار من المحكمة المختصة ، ويسجل هذا القرار حتى يكون الناس على علم بحالة الجنون والعته ، ويأخذون حذرهم في التعامل مع أي منهما .

ب - الحالة الثانية :

تصرفات المجنون والمعتوه قبل تسجيل قرار الحجر عليها :

إذا صدر التصرف القانوني من المجنون أو المعتوه . قبل تسجيل قرار الحجر ، فلا تكون هذه التصرفات باطلة إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة [١] - بمعنى أن يعلم بها غالبية الناس ، حتى ولو كان من تعاقد مع المجنون يجهلها [٢] أو كان الطرف الأخر على علم بها ، ويستوي في ذلك أن يكون التصرف قد تم قبل صدور قرار الحجر ، أو بعد صدور قرار الحجر وقبل أن يسجل ، ولعل مرجع اعتبار صحة هذه التصرفات من المجنون والمعتوه ، هو حماية الغير حسن النية الذي يتعاقد مع أي منهما دون أن يكون عالما بحالة العته أو الجنون بدليل أن حسن النية إذا انتفى بأن كانت حالة الجنون أو العته شائعة بين الناس ، أو لم تكن شائعة ، ولكن الغير كان يعلم بها ، فإن المتعاقد مع المجنون ، أو المعتوه ، في هذه الحالة يكون غير جدير بالحماية ، ولذلك يعتبر التصرف باطلا بطلانا مطلقا ، رغم عدم تسجيل قرار الحجر .

---

(١) الشيوع يعني : أن يعلم بالجنون غالبية الناس الذين يكون من المفروض أن يتصلوا بالمجنون ، " ويطلعوا على أحواله بغض النظر عن علم أو جهل من يتعامل معه ، وهذا الشيوع يكفي بصرف النظر عن التواطؤ " نقض مدني ٢٥/١٢/ ١٩٦٦ ، ١٥/٦/ ٦٧ ، ٨/٤/ ١٩٦٩ ، مجموعة أحكام النقض س ١٦ ص ٢١٢ ، رقم ٢ ص ١٢٩ ورقم ١٩ ص ٥٧٨ ، على الترتيب - مشار إليه د . أحمد سلامة ص ٥٩ هامش (٣) .

(٢) د . أحمد سلامة - السابق ص ٦٠ .

وأخيـرا ، فـلما كان من المحتمل أن يتصرف المجنون أو المعتوه في الفـترة بين طلب توقيع الحجر وتسجيل الحكم ، وهو الأمر الذي قد يضر بأيهما أو بالغير ، لذلـك أجاز القانون تسجيل طلب الحجر ، ورتب على تسجيل هذا الطـلب مـا يترتب على تسجيل الحكم من أثر ؛ بمعنى أن كل تصرف قانوني يصـدر عن المجنون أو المعتوه بعد تسجيل طلب الحجر يكون باطلا كالتصرف الذي يصدر بعد تسجيل قرار الحجر نفسه [١] .

٩٦ – السفه والغفلة :

السفه : خفـه تعتري الإنسان فتحمله على العمل على خلاف مقتضى العقـل والشـرع [٢] ، أو هو : تبديد المال وإتلافه فيما لا يعده العقلاء في أهل الديانة غرضا صحيحا [٣] .

والغفلة : هي عدم الاهتداء إلى التصرفات الرابحة من الخاسرة لسلامة القلب وضعف الإدراك [٤] .

---

(١) د . عبد الودود يحيى – السابق ص ٢٧١ ، وانظر المادتان ١٠٢٧ ، ١٠٢٨ مرافعات .

(٢) المذكرة الإيضاحية لقانون الولاية على المال – ف ٩٦ .

(٣) نقـض مدني في ٢/ ٢ / ٦٦ ، مجموعة المكتب الفني س ١٧ رقم ٣١ ص ٢٣٧ ، ونقض مدني في ١٨/٥/ ١٩٦٦ ، المجموعة السابقة س ١٧ رقم ١٦٢ ص ١١٧٩ ، وفـي هذا المعنى : محكمة مصر الابتدائية للأحوال الشخصية في ٢٥/٢/ ١٩٥٤ – المحاماة ١٠٦٨ – ٤٥١ .

(٤) قارن د . جمال زكي – السابق ص ٤٥٦ ، د . حسن كيرة – السابق ص ٣١٠ ، د . عبد الودود يحيى – السابق ص ٢٧٦ ، د . سليمان مرقس – السابق ص ٦٠٥ د . أحمد سلامة – السابق ص ٦٤ ، د . توفيق فرج ص ٦٥٣ .

فالسفيه : هو من يبذر في ماله ويبدد في ثروته بطريقة منافية للصواب وتتسم نفقاته بالمبالغة والإفراط والخروج عن المألوف دون وجود مبرر كاف ومعقول لذلك ، فيخدع في معاملاته ويغبن بسهولة ٠

وذو الغفلة : هو الذي لا يهتدي إلى خيره إذا تصرف ؛فلا يعرف التصرف الرابح من الخاسر ، فيخدع بسهوله في معاملاته ٠

وترتيبا على ما تقدم نجد أن كلا من السفه والغفلة لا يصيب الشخص في عقله ، بل يصيبه في حسن تدبيره وإدارته ، وكل منها يؤدي إلى ضعف بعض الملكات الضابطة للنفس ، ولذلك اعتبر القانون كل من السفيه وذي الغفلة ناقص الأهلية ، وفي حكم الصبي المميز ، وقد نصت على هذا الحكم المادة ٤٦ مدني بقولها " كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد ، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة ، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون ٠

غير أن السفيه أو ذا الغفلة لا يعتبر ناقص الأهلية إلا إذا صدر حكم بتوقيع الحجر عليه ، وسجل هذا الحكم حتى يعلم به الكافة وفي ذلك تنص المادة ١١٥ مدني على أنه :

" ١ - إذا صدر تصرف من ذي الغفلة أو من السفيه بعد تسجيل قرار الحجر ، سرى على هذا التصرف ما يسرى على تصرفات الصبي المميز من أحكام ٠

٢ - أما التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلا أو قابلا للإبطال إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ" ٠

ويستبين من هذا النص أنه بالنسبة لحكم تصرفات السفيه وذي الغفلة تجب التفرقة بين تصرف يصدر من أي منهما قبل قرار الحجر وتصرف يصدر بعد ذلك ٠

أ - فـإذا صـدر مـن أي منهما تصرف بعد تسجيل قرار الحجر " أو تسـجيل طلب الحجر " [١]، فإن هذا التصرف يأخذ حكم التصرف الصادر من الصـبي المميـز ، فيكون هذا التصرف صحيحا إذا كان نافعا نفعا محضـا ، وبـاطلا إذا كـان ضارا ضررا محضا ، وقابلا للإبطال إذا كان دائرا بين النفع والضرر ٠

ب - إذا صدر من أيهما تصرف قبل تسجيل قرار الحجر ، فالقاعدة أن هذا التصرف يكون صحيحا ، ويعتبر السفيه وذو الغفلة كامل الأهلية بالنسبة له ، لأن السفه والغفلة لا يذهبان العقل أو الإرادة ، ومن ثم لا يكون هناك تنافر بين هـذه الصحة وما تقتضي به القواعد العامة [٢] ، بيد أن التصرف إذا كان قد تم نـتيجة لاستغلال الغير سفه الشخص أو غفلته أو نتيجة تواطؤ قصد به التهرب مـن أحكام قرار الحجر الذي يتوقعه السفيه أو ذو الغفلة ، فإن التصرف في هذه الحالـة يأخذ حكم التصرف الصادر بعد تسجيل قرار الحجر ، أي بعد باطلا إذا كان ضارا ضررا محضا ، وقابلا للإبطال إذا كان دائرا بين النفع والضرر[٣] ؛ ويقصـد بالاستغلال أن يعلم الغير بسفه شخص فيستغل هذه الحالة ، ويستصدر منه تصرفات لا تتعادل فيها التزاماته مع ما يحصل عليه من فائدة [٤] .

أمـا الـتواطؤ فيحدث إذا شعر الشخص بأنه سوف يطلب توقيع الحجر عليه للسفه أو الغفلة فيعمد إلى تهريب أمواله بأن يتصرف فيها إلى شخص آخر

---

(١) انظـر : نقـض مدني في ٧ /٤/ ١٩٥٥ - مجموعة القواعد القانونية جـ ١ ص ٣١٥ رقم ١٩ ٠

(٢) د ٠ أحمد سلامة - السابق ص ٦٧ ٠

(٣) د ٠ عبد الودود يحيى - السابق ص ٢٧٧ ، د ٠ البدراوي - السابق ص ٤٠٣ ٠

(٤) انظر نقض مدني في ٢٠/ ٤ / ١٩٧١ ، مجموعة أحكام النقض س ٧٨ ص ٥٠٦ ٠

حتى يتهرب من أحكام الحجر ويكون الشخص الآخر متفقا معه على هذا التهرب [١] ؛ فإذا تم هذا التواطؤ أو الاستغلال اعتبر تصرف السفيه أو ذي الغفلة كأنه صدر من ناقص الأهلية ، وكان باطلا أو قابلا للإبطال على النحو الذي بيناه .

هذا :

وقد استثنى القانون من الأحكام السابقة حالتين قرر فيهما أهلية السفيه وذي الغفلة لإبرام تصرف معين في حدود معينه :

الأولى : أجاز القانون للسفيه ولذي الغفلة التصرف في أموالهما عن طريق الوقف أو الوصية ؛ ويقع هذا التصرف صحيحا متى أذنت المحكمة في ذلك حتى ولو كان بعد تسجيل قرار الحجر [٢] ؛ وقد نصت على هذا الحكم المادة ١/١١٦ مدني بقولها : " يكون تصرف المحجور عليه لسفه أو غفلة بالوقف أو بالوصية صحيحا متى أذنته المحكمة في ذلك " :

ولم ينص القانون بالنسبة للسفيه وذي الغفلة على باقي الاستثناءات التي نص عليها بالنسبة للصبي المميز ، كما بيناه في حينه .

ونحن نرى أن هذه الاستثناءات الأخرى غير الوقف الوصية لا يستطيع السفيه وذوي الغفلة مباشرتها ، لأن الأستثناء يجب أن يستند إلى نص صريح ، وهو خاص هنا بالوقف والوصية ، كما أن الاستثناء لا

---

(١) د . أحمد سلامة – السابق ص ٦٧ ، ٦٨ ، د . جمال زكي – السابق ص ٤٦٦ ، انظر : نقض مدني في ٢٨ / ٥/ ١٩٧٠ ، مجموعة أحكام النقض س ٢١ رقم ١٤٧ ص ٩٢٠ .

(٢) انظر : د . توفيق فرج – السابق ص ٦٥٥ .

يتوسع في تفسيره كقاعدة عامة [1] .

الـثانيــة : أجاز القانون المصري لكل من السفيه وذي الغفلة المحجور عليهما ، مباشرة أعمال الإدارة ، متى أذنت المحكمة لأي منهما في تسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها [2] ، ومن ثم فيجوز للمحكمة أن تأذن للسفيه ولذي الغفلة بتسـلم أموالهمـا كلها أو بعضها بحيث تقتصر أهليتهما المأذون فيها على القيام بأعمال الإدارة كالإيجار ، دون أعمال التصرف كالبيع .

الفرع الثالث
موانــــع الأهليـــــة

****

٩٦ - بيان ماهية موانع الأهلية والفرق بينها وبين عوارض الأهلية :

سـبق أن ذكـرنا أن عـوارض الأهـلية عبارة عن عوامل طبيعية أو جسـمانية تصيب الشخص في عقلة واتزانه ، فتذهب بالأهلية التي تثبت لـه أو تُنقصها ، أما موانع الأهلية ، فهي عبارة عن أمور أو عوائق تعترض الشخص كـامل الأهلية فتحول بينه وبين إمكان مباشرة التصرفات القانونية أو الاستقلال بمباشرتها [3] ، أو هي" ظروف خارجة عن الشخص تحول بينه وبين أن يباشر

---

(١) انظر : د . أحمد سلامة – السابق ص ٦٧ ، عكس ذلك : د . حسن كيرة – السابق ص ٨١٩ ، د منصور مصطفى منصور – السابق ص ١٨١ ، د . نزيه المهدي – السابق ص ١٤٠ .

(٢) المادة : ١١٦/ ٢ مدني ، وانظر المادة : ٦٧ من قانون الولاية على المال .

(٣) انظر : د . أحمد سلامة – السابق ص ٥٧ – ٥٨ ، د . توفيق فرج – السابق ص ٦٥٧ ، د. محمـد شكري سرور – السابق ص ١٩٥ ، د . أنور سلطان – السابق ص ١٦٣ ، د . جمال زكي – السابق ص ٤٦٨ ، د . نزيه المهدي – السابـــق ص ١٤١ .

تصـــرفاته القانونية رغم أنه بالغ عاقل رشيد [١] ؛ وعلى ذلك فالشخص قد يبلغ سن الرشد ولا يحجر عليه لعارض من عوارض الأهلية ؛ فيكون كامل الأهلية ، إلا أنه قد توجد ظروف مادية أو طبيعية أو قانونية تمنعه من مباشرة التصرفات القانونية بمفرده ، ولذا يتدخل القانون فيقرر تعيين شخص آخر يتولى عنه إبرام هذه التصرفات أو يساعده في إبرامها ٠

وهــذه الموانــع في القانون المصري تنحصر في ثلاثة ، الغيبة " مانع مــادي " والحكــم بعقوبــة جــنائية " مانع قانوني " العاهة المزدوجة أو العجز الجســماني الشديد " مانع طبيعي " ونتناول تفصيلا هذه الموانع على الترتيب كل في بند مستقل ٠

٩٧ - أولا : الغيبــة :

الغيــبة عــبارة عن مانع مادي مؤقت يحول بين الشخص وبين مباشرة التصــرفات القانونيــة بنفســه بسبب غيبته رغم أهليته ؛ فاصطلاح الغائب في القانون المصري ينصرف إلى واحد من ثلاثة :

١ - المفقود : وهو من لا تعرف حياته من مماته ٠

٢ - من لا يعرف له موطن أو محل إقامة رغم التيقن من حياته ٠

٣ - من له محل إقامة أو موطن معلوم خارج مصر ، ويستحيل عليه أن يتولى شئونه بنفسه أو أن يشرف على من ينيبه في إدارتها " [٢] ٠

وقد قضى القانون بأنه متى انقضت سنة أو أكثر على هذا الغياب وترتب على ذلك تعطيل مصالح الغائب ، فإن المحكمة تعين له وكيلا يتولى إدارة شئون

---

(١) د ٠ عبد الناصر العطار - المرجع السابق ص ٣٤٩ ٠

(٢) المادة : ٧٤ من قانون الولاية على المال ٠

الغائب بالنيابة عنه ، ومباشرة ما يلزمه من تصرفات قانونية " [١] .

أمـــا عن كيفية تعيين شخص الوكيل عن الغائب ، فإن القانون المصري يقضـــي بأن الغائب إذا كان قد ترك وكيلا عنه ، فإن المحكمة تحكم بتثبيت هذا الوكيـــل متى توافرت فيه الشروط الواجب توافرها في الوصي ، أما إذا لم يعين وكيـــلا أصـــلا ، أو تـــرك وكيلا لا تتوافر فيه الشروط التي يجب توافرها في الوصـــي ، فإن المحكمة تعين لـــه وكيلا عنه أو وكيلا غير ما وكله لمباشرة ما يـــلزمه مـــن تصرفات قانونية " [٢] ؛ " ويشترط في الوكيل الذي تعينه المحكمة الشروط الواجب توافرها في الوصي .

والشـــخص يســـتمر فـــي حالة الغيبة هذه حتى يزول سببها ، إما بعودة الغـــائب واســـتطاعته القيام بتدبير شئون نفسه بنفسه ، وإما بموته ، وإما بالحكم باعتباره ميتا " [٣] .

٩٨ – ثانيا : الحكم بعقوبة جناية :

تقضـــي المـــادة ٢٥ مـــن قانون العقوبات بأن كل من حكم عليه بعقوبة جنائية ، لا يجوز له أن يتولى إدارة أمواله مدة الاعتقال ، كما لا يجوز له أيضا التصرف في هذه الأموال إلا بأذن من المحكمة المدنية التابع لها محل إقامته .

فالشخص المحكوم عليه بعقوبة جنائية يحرم من إدارة أمواله ، كما يحرم مـــن التصـــرف في أمواله إلا بإذن من المحكمة ، ومن ثم فالحرمان من إدارة أمواـــه والتصرف فيها يعد مانعا قانونيا يحول بين الشخص ، المحكوم عليه في جناية وبين مباشرته لأهليته؛ ويعهد بإدارة أمواله إلى قيم يختاره المحكوم عليه ، وعـــلى أن تصدق عليه المحكمة المدنية التي يقع في دائرتها موطنه ، أو تعينه

---

(١) انظر المادة : ٧٤ من قانون الولاية على المال .

(٢) انظر المادة : ٧٥ من قانون الولاية على المال .

(٣) انظر المادة : ٧٦ من قانون الولاية على المال .

هذه المحكمة بناء على طلب النيابة العامة أو طلب من له مصلحة ، ويكون القيم فـي الحالتين تابعا للمحكمة المذكورة ؛ ويلتزم بتقديم حساب عن أعمال الإدارة لـلمحكوم عليه بعد الإفراج عنه ، ويرد أموال المحكوم عليه بعد الإفراج عنه ، أما أعمال التصرف في مال المحكوم عليه فإنها تبقى ثابتة للمحكوم عليه ، غير أنـه لا يمكنه مباشرة أي منها إلا بعد إذن المحكمة المدنية التي يقع في دائرتها محل إقامته .

ويلاحـظ أن النطاق الزمني لسريان الأحكام السابقة هو مدة الاعتقال ، بمعـنى أن يبدأ الحجر على المحكوم عليه بعقوبة جنائية مع الاعتقال فلا يسبقه ولا يمتد إلى ما بعد الإفراج [1] .

وأخيرا تجدر الإشارة إلى أن المحكوم عليه بعقوبة جناية : يحجر عليه – على نحو ما سبق – وهذا الحجر – يعد عقوبة تبعية لعقوبة الجناية المحكوم بها عليه [2] ، ولا يرجع الحجر لانعدام التمييز أو لنقص فيه لدى المحكوم عليه .

ثالثا – العاهة المزدوجة أو العجز الجسماني الشديد :

تنص المادة ١١٧ مدني على :

" ١ – إذا كـان الشـخص أصم أبكم أو أعمى أبكم ، وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته ، جاز للمحكمة أن تعين لـه مساعدا قضائيا يساعده في التصرفات التي تقتضي مصلحته فيها ذلك .

٢ – ويكـون قـابلا للأبطال كل تصرف من التصرفات التي تقررت المساعدة القضائية فيها ، متى صدر من الشخص التي تقررت مساعدته قضائيا

---

(١) انظر : د . أحمد سلامة – السابق ص ٦٩ .

(٢) انظر : نقض مدني في ٢٣/ ٦ / ١٩٥٥ ، مجموعة أحكام النقض المدني س ٦ ص ١٣٠٧ .

بغير معاونة المساعد ، إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار المساعدة " .

كما تنص المادة ٧٠ من قانون الولاية على المال على أنه " إذا كان الشخص أصم أبكم ، أو أعمى أصم ، أو أعمى أبكم ، وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته ، جاز للمحكمة أن تعين له مساعدا قضائيا يعاونه في التصرفات المنصوص عليها في المادة ٣٩ ويجوز لها ذلك أيضا إذا كان يخشى من انفراد الشخص بمباشرة التصرف في ماله بسبب عجز جسماني شديد " .

ويستبين من هذين النصين أن الشخص قد يصاب بعاهة جسمانية لا تؤثر على تمييزه ، وإنما تجعله غير قادر على مباشرة التصرفات القانونية بمفرده .

وفي هذه الحالة يعين له مساعد قضائي يتولى مساعدته بالنسبة للتصرفات التي تتقرر فيها المساعدة ، وذلك حماية لمن أصيب بتلك العاهة ، كما تبين النصوص السابقة أن العاهات الجسمانية التي تصيب الشخص وتؤثر في أهليته هي الصم ، والبكم ، والعمى ، والعجز الجسماني الشديد .

ويشترط لتعيين مساعد قضائي عدة شروط أهمها :

أ - أن تكون هناك عاهة مزدوجة ، كما لو أصيب الشخص بالعمى والبكم ، أو كان الشخص أعمى أصم ، أو أصم أبكم ، أي لابد من اجتماع - عاهتين في وقت واحد .

وقد أضاف قانون الولاية على المال إلى حالة العاهة المزدوجة ، حالة أخرى تجيز تقرير المساعدة القضائية هي حالة " العجز الجسماني الشديد " ومثال ذلك : الشلل الكلي أو النصفي أو الضعف الشديد ، وضعف السمع والبصر

ضعفا شديدا لا يبلغ مبلغ الصم والعمى [١] ، وما إلى ذلك مما يخضع في تقدير جسامته للسلطة التقديرية للقضاء عند الاقتضاء .

ب - يجب أن تؤدي العاهة المزدوجة ، أو العجز الجسماني الشديد إلى تعذر التعبير عن الإرادة بحيث يخشى مع وجودها انفراد الشخص بالتصرف في أمواله ، أما إذا لم يترتب على العاهة أو العجز شيء من ذلك : فلا تفرض المساعدة القضائية ، كما لو كان ذو العاهتين - مثلا - قد تلقى تعليما يساعده على التعبير عن إرادته بأي وسيلة من وسائل التعبير .

جـ - يجب لتعيين مساعد قضائي أن يتعلق الأمر بتصرف من التصرفات التي نص عليها القانون ، وهذه التصرفات التي تقرر المساعدة القضائية وردت في المادة ٣٩ من قانون الولاية على المال وهي :

(١) جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية " حق الملكية وما يتفرع عنه " أو التبعية " كحق الرهن أو الاختصاص " أو نقله ، أو تغييره أو زواله ، وكذلك جميع التصرفات المقررة لحق من الحقوق المذكورة كالقسمة والصلح .

(٢) التصرف في الحقوق الشخصية أو الأوراق المالية فيما عدا ما يدخل في أعمال الإدارة .

---

(١) انظر : د . البدراوي - السابق ص ٤٠٥ ، د . توفيق فرج - السابق ص ٦٥٩ ، د . أحمد سلامة - السابق ص ٧٠ - ٧٢ ، د . إسماعيل غانم - السابق ص ٢٢٥ ، د . أنور سلطان - السابق ص ١٦٥ ، ١٦٦ ، د . جمال زكي - السابق ص ٤٦٩ ، د نزيه المهدي - السابق ص ١٤٣ ، د . محمد شكري سرور - السابق ص ١١٧ ، د . عبد الودود يحيى - السابق ص ٢٧٨ .

(٣) الصـــلح والتحكيم ، إلا فيما قل عن مائة جنيه مما يتصل بأعمال الإدارة ٠

(٤) حوالة الحقوق والديون وقبول الحوالة ٠

(٥) استثمار الأموال وتصفيتها ٠

(٦) اقتراض المال وإقراضه ٠

(٧) إيجـــار عقـــار القاصر لمدة أكثر من ثلاث سنوات في الأراضي الزراعية ولمدة أكثر من سنة في المباني ٠

(٨) قبول التبرعات المقترنة بشرط أو رفضها ٠

(٩) الانفـــاق مـــن ماله على من تجب عليه نفقتهم إلا إذا كانت النفقة مقضيا بها بحكم واجب النفاذ ٠

(١٠) الوفـــاء الاختياري بالالتزامات التي تكون عليه أو على التركة التي يستحق فيها شيئا ٠

(١١) رفع الدعاوى ٠

(١٢) التـــنازل عن الحقوق والدعاوى ، وقبول الأحكام القابلة للطعون العاديـــة ، والتنازل عن هذه الطعون بعد رفعها ، ورفع الطعون غير العادية في الأحكام ٠

(١٣) التنازل عن التأمينات وإضعافها ٠

(١٤) ما يصرف في تزويجه ٠

(١٥) تعـــليمه إذا احـــتاج للنفقة ، والإنفاق اللازم لمباشرة مهنـــــــة معينة [١] ٠

---

(١) انظر : د ٠ عبد المنعم البدراوي – السابق ص ٤٠٦ – ٤٠٧ ٠

فـإذا توافـرت الشروط الثلاثة السابقة جاز للمحكمة أن تعين للشخص مساعدا قضائيا يساعده في مباشرة التصرفات القانونية ، والأمر جوازي للمحكمة حتى مع توافر هذه الشروط ؛ وإذا ما تقررت المساعدة القضائية ، وجب تسجيل القرار الصادر بها حتى تترتب الآثار التي يقررها القانون في هذا الشأن ، أما إذا لم يسجل قرار المساعدة القضائية فإن تصرف ذي العاهة المزدوجة أو المصاب بعجز جسماني شديد يكون صحيحا .

وإذ تـم تسـجيل قرار المساعدة القضائية ، فلا يجوز لأي من المساعد القضائي ومن تقررت له المساعدة أن ينفرد بالتصرف في حالة من الحالات التي نـص عـليها القانون ، وإنما لابد من اشتراكهما معا في مباشرة التصرف حتى ينـتج أثره ؛ فإذا أصدر التصرف – مثلا – ممن تقررت المساعدة لـه وحده ، دون اشتراك المساعد معه ، كان التصرف قابلا للإبطال متى صدر بعد تسجيل الحكـم بـتقرير المساعدة ؛ وإذا امتنع المساعد عن الاشتراك في التصرف فإنه يجـوز رفع الأمر للمحكمة فإن رأت أن الامتناع في غير محله فلها إما أن تأذن للشخص بالانفراد بإبرامه وإما أن تعين له مساعدا آخر .

وأخيـرا تجدر الإشارة إلى أنه إذا امتنع من تقررت لـه المساعدة عن القيام بتصرف معين ، وكان هذا الامتناع يعرض أمواله للخطر ، جاز للمساعد رفع الأمر إلى المحكمة ، ولها أن تأمر بعد التحقيق بانفراد المساعد بإجراء هذا التصرف (١) .

---

(١) انظر : المادة ٧١ من قانون الولاية على المال .

الفرع الرابع
الولايــة على المــال

****

١٠٠ - معنى الولاية على المال :

سـبق أن أشـرنا أن أهلية الأداء عبارة عن قدرة الشخص أو صلاحيته لمباشـرة الأعمال القانونية لحساب نفسه ولـصالحه ، كما سبق أن بينا الحالات الـتي يكون فيها الشخص ناقص الأهلية أو فاقدها ، وذكرنا أن الولاية على مال هؤلاء الأشخاص تكون لمن يجعله القانون نائبا عنهم ، بل إن من الأشخاص من يكونوا كاملي الأهلية ولكن يقوم بهم مانع يمنعهم من مباشرة التصرفات القانونية؛ ولما كان كل من هؤلاء الأشخاص لا يستطيع مباشرة التصرفات كلها أو بعضها كان من الضروري أن يعين له شخص يباشر عنه هذه التصرفات فتنفذ في حقه وتترتب آثارها القانونية بالنسبة له ، وهذا هو معنى الولاية بصفة عامة [١] .

فالولايــة : هي سلطة مقررة للشخص تجعله قادرا على القيام بأعمال قانونيـة تـنفذ في حق الغير فتكسبه حقا ، أو تحمله بالتزام [٢] ، وهي – كمـا ترى – تختلف عن الأهلية من حيث أن الولاية تعني صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية لحساب غيره .

والولايـة الـتي نقصدها هنا هي : الولاية على المال : ومعناها سلطة التصرف في مال الغير[٣]؛ أي الولاية التي تنحصر في التصرفات المالية ، وهذا

---

(١) انظـر : د . توفيق فرج – السابق ص ٦٦٣ ، د . عبد الودود يحيى – السابـق ص ٢٧٩ – ٢٨٠ .

(٢) د . عبد المنعم البدراوي – السابق ص ٣٧٨ .

(٣) د . سـليمان مرقس – السابق ص ٦٠٩ ، انظر : د . أحمد سلامة – السابـق ص ٧٤ .

المعــنى الذي يعطي للولاية إنما هو معنى عام ينصرف إلى جميع الجهات التي يقــوم فيها شخص بالتصرفات القانونية بدلاً من آخر أو إلى جانبه [١] ، و يطلق عــلى هــذا الشــخص اسم " الولي " أو " الوصي " أو " القيم " أو " الوكيل " أو المساعد القضائي " .

١٠٠م - التنظيم القانوني المصري للولاية على المال :

وردت أحكــام الولاية على المال في مصر في التقنين المدني ، وقانون الولاية على المال ، وقانون المرافعات ، وبعض التشريعات الأخرى .

فقــد نصــت المــادة ٤٧ مدني مصري على أن " يخضع فاقدو الأهلية وناقصوها بحسب الأحوال لأحكام الولاية أو الوصاية أو القوامة بالشروط ووفقا للقواعد المقررة في القانون " .

وقــد تولى المرسوم بقانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢ تنظيم أحكام الولاية على المال من الناحية الموضوعية ، كما أن أحكام الشريعة الإسلامية تنظم كثيرا من أحكــام هــذه الولايــة ، أما قانون المرافعات فقد تولى تنظيم القواعد الإجرائية الخاصة بالولاية .

١٠١ - على من تثبت الولاية :

الولاية بصفة عامة [٢] تثبت على مال القاصر وعلى مال البالغ المحجور عــليه لجنون ، أو عته ، أو سفه ، أو غفلة ، وعلى مال كامل الأهلية الذي يقوم

(١) د . توفيق فرج - السابق ص ٦٦٤ .

(١) د . توفيق فرج - السابق ص ٦٦٥ .

بـــه مـــانع مـــن موانع الأهلية السابق بيانها وتثبت الولاية على مال هؤلاء لعدة أشخاص هم :

أ – الولي : وهـــو الأب ، ثم وصي الأب ، ثم الجد الصحيح ، أي الجد لأب ، ثم للقاضي ووصيه ، على هذا الترتيب ·

ب – القيم : وهـــو من يتولى شئون المحجور عليه لجنون ، أو عته أو سفه ، أو غفلة ، أو للحكم عليه بعقوبة جنائية ·

جـ – الوكيل عن الغائب ، ويتولى شئون الغائب إلى أن يعود أو يظهر موته أو يحكم بموته ·

د – المساعد القضائي : ويـــتولى شئون من به عاهة مزدوجة أو عجز جسماني شديد ·

فالقاصر الذي لم يبلغ سن الرشد تكون الولاية على ماله للولي الشرعي وهـــو الأب ثم الجد الصحيح " الجد لأب " ، وولايتهما على الصغير تثبت بقوة القانون ، أي بدون حاجة إلى حكم من القضاء ، ولكن من حق المحكمة أن تقف هـــذه الولاية لغياب الولي أو اعتقاله أو حبسه مدة تزيد على سنة أو إذا أصبحت أموال الصغير في خطر من تصرف الولي ، فضلا عن أن هناك تصرفات كثيرة لا يجـــوز للولي أن يباشرها إلا بعد إذن المحكمة (١) ، مع الأخذ في الاعتبار أن سلطة الأب أوسع من سلطة الجد في هذا الصدد (٢) ·

---

(١) انظر : د · لاشين الغاياتي – السابق ص ٨٩ ·

(٢) انظر : المواد من ١ – ٢٤ من قانون الولاية على المال رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ في شأن السلطات المخولة للولي ·

وسواء أكان الولي أبا أو جدا فهو لا يستطيع أن يباشر أي تصرف باسم القاصر إلا إذا توافرت لـــه الأهلية اللازمة لمباشرة هذا الحق بالنسبة لأمواله هو شخصـــيا ، فضـــلا عـــن أن ولاية الأب والجد المالية على الصغير هي ولاية مفروضة لا يستطيع أيا منهما أن يرفضها أو ينتحي عنها ٠

وإذا لم يوجد للقاصر أب أو جد ، فتكون الولاية على ماله للوصي وهو مـــن ويخـــتار لإدارة أموال القاصر ، والوصي إما أن يختار بواسطة الأب قبل وفاته ويسمى بـــ " الوصي المختار " وهو مفضل على الجد في ولايته على مال القاصر ، وإما أن يختار بواسطة المحكمة ، ويشترط في الوصي أن يكون عدلا ، كفـــؤا ، ذا أهلية كاملة ، وسلطات الوصي أضيق نطاقا من سلطات الولي ، فـــليس مـــن حقـــه التصرف في مال القاصر إلا بإذن من المحكمة (١) ؛ كما أن ســـلطاته فـــي إدارة أمـــوال القاصـــر مقيدة ، وعليه أن يتسلم أموال القاصر ، ويحفظها ويرعاها ، ويبذل في ذلك عناية الشخص المعتاد ٠

وأمـــا المحجـــور عليه لجنون أو عته ، أو سفه ، أو غفلة ، فيعين قرار الحجر قيما عليه ، تكون سلطاته هي نفس السلطات المقررة للوصي بالنسبة لمال القاصر ٠

وأمـــا المساعد القضائي فلا يعتبر نائبا عن المصاب بعاهة جسمانية (٢) ولا يستطيع أن يبرم ، أي تصرفات بإرادته المنفردة ، بل إن مهمته تقتصر على المعاونة في إبرام التصرفات التي تطلب القانون مساعدة المصاب فيها ٠

وجديـــر بالذكر أن ننوه – أخيرا – إلى أن كل أحكام الأهلية من النظام العام ، فلا يجوز مخالفة هذه الأحكام أو تعديلها (٣) ٠

---

(١) انظر : المواد : ٣٨ ، ٣٩ ، ٤٠ من قانون الولاية على المال ٠

(٢) انظر : د ٠ عبد الودود يحيى – السابق ص ٢٨٧ ٠

(٣) انظر : المادة ٤٨ مدني مصري ٠

المطلب الرابع

الذمـــة المالية : La Patrimoine

****

١٠٣ - تعريف الذمة المالية :

يمكـــن تعريف الذمة المالية بأنها وصف اعتباري يعبر عن مجموع ما للشخص من حقوق وما عليه من واجبات مالية في الحال أو الاستقبال (١) .

ويـــبين من هذا التعريف أن الذمة المالية للشخص تقتصر على الحقوق والالتزامات المالية دون غيرها .

---

(١) انظـــر في هذا الموضوع بوجه خاص رسالة الدكتور/ إسماعيل غانم - لنيل درجة الدكـــتوراه بالـــلغة الفرنسية من كلية الحقوق - جامعة باريس ١٩٥١ ، والمنشورة بالقاهرة سنة ١٩٥٧ وعنوانها : " محاولة لدراسة نقدية لفكرة الذمة " ، وانظر : د . سليمان مرقس - السابق ص ٦١٩، د .توفيق فرج - السابق ص ٦٩٨ وما بعدها ، د . أحمـــد ســـلامة - الســـابق ص ١٧١ ، د . إســـماعيل غانم - محاضرات في النظرية العامة للحق - السابق ص ١١٥ وما بعدها ، د . محمود جمال الدين زكي - السابق ص ٤٧١ وما بعدها ، د . حسن كيرة - السابق ص ٦٦٥ وما بعدهـــا ، د . منصـــور مصـــطفى منصـــور - الســـابق ص ١٨٩ وما بعدها ، د . جميل الشـــرقاوي - السابق ص ٣٢٩ وما بعدها ، د . عبد الودود يحيى - السابـــــق ص ٢٥٨ وما بعدها ، د . شفيق شحاته - السابق ص ٥٦٤ وما بعدهـــــــــا ، د . عـــبد المنعم الصدة - السابق ص ٦٤ وما بعدها ، د . نعمان جمعة - السابق ص ٤٨٤ ومـــا بعدها ، د . محمد شكري سرور - السابق ص ٢٠٧ وما بعدها ، انظـــر : أوبـــري Abry ورد Rau - درس في القانون المدني الفرنسي - الطبعة السادســـة مـــع اســـمان Eamein جـــ ٩ ص ٣٠٥ وما بعدها ، وانظر بلانيول ، وريـــبيرو بولانجية - الوجيز في القانون المدني - الطبعة الثالثة جـــ ١ ف ٢٥١٤ وما بعدها .

١٠٤ – عناصر الذمة المالية :

يؤخذ من التعريف السابق للذمة المالية أنها تتكون من عنصرين :

أ – العنصـــر الإيجابي élémant actif وهو يشمل جميع الحقوق المالية المتعلقة فعلا بالشخص في الحاضر ، وكذا كل الحقوق المالية التي ستتعلق به في المستقبل ٠

ب – العنصــــر الســـلبي élémant passif ويشمل ما على الشخص وما سيترتب عليه " مستقبلا " من التزامات أو ديون مالية ٠

وإذا زاد العنصـــر الإيجـــابي عـــلى العنصر السلبي كان صاحب الذمة موســـرا ، أما إذا زاد العنصر السلبي على العنصر الإيجابي كان صاحب الذمة معسرا ، أو مفلسا ٠

والجـــانب الإيجابي للذمة – على هذا النحو – يدخل فيه الحقوق المالية بجميـــع أنواعهـــا ، ومـــن ثم فهذا الجانب من الذمة يشمل الحقوق العينية كحق المـــلكية ، وحق الانتفاع ، وحق الرهن ، والحقوق الشخصية المقررة للشخص قبل مدينه ٠

كمـــا يشـــمل الجانب المالي من الحقوق المعنوية ، أي حق الشخص في استغلال فكرته ونتاج ذهنه فيما يعود عليه بالربح المادي ٠

أمـــا الحقـــوق غيـــر المالية فلا تدخل الجانب الإيجابي للذمة ، فالحقوق العامـــة كالحق في الحرية ، والحق في سلامة الجسم ، وحقوق الأسرة كالسلطة الأبوية ، وسلطة الزوج على زوجته [١] ، لا تدخل في الذمة المالية للشخص ٠

---

(١) انظر : د ٠ توفيق فرج – السابق ص ٦٩٩ ٠

والعنصر السلبي للذمة يشمل الالتزامات التي تقابل الحقوق الشخصية ، كما يشمل التكاليف العينية التي يقررها الشخص على أمواله للغير ، وقد سبق أن ذكـــرنا أن هـــذا الجـــانب من الذمة يسمى " عنصر الديون " ويلاحظ " أن هذا العنصر لا يشمل الواجب العام الذي يلزم الكافة باحترام حقوق الغير سواء كانت حقوقـــا عيـــنية أم كانت حقوقا شخصية ، لأن هذا الواجب العام لا يعتبر التزاما بالمعـــنى الدقيـــق [١] ، وعـــلى ذلـــك فالواجبات التي تقابل الحقوق غير المالية والواجـــبات العامة التي تقع على الكافة باحترام حقوق الآخرين والواجبات التي تقابل حقوق الأسرة ، لا تعد من العناصر السلبية للذمة المالية لأنها لا تقدر بقيمة مالية .

ويلاحظ أن كلا من العنصرين السلبي والإيجابي للذمة يتكون من جانب حاضـــر وجـــانب مستقبل ، فإذا لم تكن للشخص أو عليه حقوق مالية في وقت معيـــن ، فليس معنى ذلك أنه لا يكون له ذمة مالية ، لأن الذمة لا تقتصر على الحاضـــر مـــن الحقـــوق والديـــون ، بل تشمل الذمة ما يستجد من هذه الحقوق والديـــون فـــي المستقبل ، فهي أشبه ما تكون بإناء يحتوي على الحقوق المالية والديـــون ، فإذا وجد هذا الإناء فارغا في وقت ما ، فإن هذا لا يخل بصلاحيته لتلقي ما يستجد لصاحبه من حقوق والتزامات مالية في وقت آخر ما دام صاحبه حيا وأهلا لأن يتعلق به هذا النوع من الحقوق والالتزامات [٢] .

---

(١) د . عبد الودود يحيى – السابق ص ٢٥٩ .

(٢) د . سليمان مرقس – السابق ص ٦٢٩ ، ٦٣٠ .

١٠٥ - الفرق بين الذمة المالية ، والشخصية ، وأهلية الوجوب ، مقارنة بين أحكام الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي :

عــرف فقهــاء الشريعة الإسلامية الذمة بأنها " وصف شرعي اعتباري يصير به الإنسان ، أهلا للوجوب له والوجوب عليه (١) .

فالذمة المالية على هذا التعريف عبارة عن أمر تقديري اعتباري افترض أنه موجود ليكون وعاء أو محلا للديون وسائر الالتزامات والتكليفات؛ أو بعبارة أكثر يسرا ، الذمة : يقدر وجودها ليكون الإنسان صالحا للإلزام والالتزام (٢) .

ويتضــح مــن هــذه التعريفات جميعها أن المقصود بالذمة في الشريعة الإســلامية ، هو ما يطلق عليه فقه القانون الوضعي " الشخصية " أي صلاحية الإنســان لأن تتعــلق به الحقوق والواجبات الحالة والمستقبلة ، وسواء بعد ذلك أكانت تلك الحقوق مالية أم غير مالية (٣) .

ولما كانت فقه القانون يستعمل كلمة " الذمة " موصوفة دائما بــ" المالية" كــانت الذمة المالية تبعا لذلك تعني : صلاحية الشخص لأن يتعلق به نوع معين مــن الحقوق هو الحقوق المالية دون غيرها ، أي أن الذمة هي نفس " الشخصية القانونيــة " منظورا إليها من الناحية المالية (٤) ، ذلك أن الشخصية القانونية هي

---

(١) فضيلة الشيخ : على الخفيف – أحكام المعاملات الشرعية – الطبعة الثانيــــــة ص ٢٦٣ .

(٢) فضيلة الشيخ : محمد أبو زهرة – الملكية ونظرية العقد – السابق ص ٢٦٣ .

(٣) الشيخ : على الخفيف – الحق والذمة وتأثير الموت فيهما – محاضرات ألقاها سيادته على طلبه قسم الدكتوراه – عام ١٩٤٥ ص ٨٨ وما بعدها

(٤) انظر : د . أحمد سلامة – السابق ص ١٧١ .

القابلية لاكتساب الحق أو تحمل الالتزام ماليا كان أو غير مالي ٠ بخلاف الذمة الـتي لا تتعـلق إلا بالحق المالي فقط ، فالصلة بين الذمة والشخصية هي صلة الفرع بالأصل ، أو صلة الخصوص بالعموم ، ولكنهما متحدان في طبيعتهما ، إذ أن كلا منهما صفة عامة ، فتثبت الشخصية للكائن بمجرد صلاحيته لأحد الحقوق أيا كان ذلك الحق ؛ وتثبت له الذمة المالية بمجرد صلاحيته لأحد الحقـــوق المالية(١) ؛

هذا عن الفرق بين الذمة المالية والشخصية القانونية ٠

أما عن الفرق بين الذمة المالية وأهلية الوجوب ، فإن الذمة المالية على مـا سبق صفة عامة ، أما أهلية الوجوب فهي صفة نسبية بمعنى أنه ينظر فيها عن كل حق على حده ، هذا فضلا عن أن أهلية الوجوب لها علاقة واتصال بكل أنـواع الحقوق سواء كانت مالية أو غير مالية بخلاف الذمة المالية التي تقتصر على الحقوق والواجبات المالية فقط دون غيرها (٢) ، على ما سبق بيانه ٠

١٠٦ – خصائص الذمة المالية :

إذا كـان التعريف القانوني الدقيق للذمة – كما يرى البعض (٣) هو أنها صـلاحية الشـخص لأن تتعلق به الحقوق والالتزامات المالية ، فإن الشراح قد استخلصوا من هذا التعريف خصائص الذمة المالية وهي تخلص فيما يلي :

---

(١) انظـر فيما سبق : د ٠ سليمان مرقس – السابق – هامش (٢) ص ٦٢٠ وهامش ص ٦٢١ ٠

(٢) انظر : د ٠ سليمان مرقس – السابق ص ٦٢٤ " هامش " ٠

(٣) د ٠ عبد الودود يحيى – السابق ص ٢٦٠ ، د ٠ مرقس – السابـق ص ٦٢٠ ، د ٠ لاشين الغاياتي – السابق ص ٥٤ ، د ٠ نعمان جمعه – السابق ص ٤٨٤

١ – الذمـــة الماليـــة لا تشمل إلا الحقوق والالتزامات ذات القيمة المالية ومن ثم لا تدخل فيها الحقوق السياسية والحقوق العامة ، وحقوق الأسرة لأن كل هذه الحقوق ، حقوق غير مالية ٠

٢ – الذمـــة الماليـــة لا تثبت إلا للأشخاص ، أما الكائنات الأخرى التي ليست لها شخصية ، كالحيوان والجماد ، فلا يمكن أن تكون لهما ذمة مالية لأنها غير صالحة لأن يتعلق بها حق أو واجب مالي أو غير مالي ٠

٣ – الذمـــة المالية من الأمور اللصيقة بالشخصية ، فيكون لكل شخص منذ ولادته ذمة مالية ، وذمة واحدة [١] ، نظل تلازمه له منذ بدء شخصيته حتى نهايتها ، ولا تنتقل لغيره ، ولا تسقط بالتقادم ، ومعنى هذا أن الذمة المالية واحدة لا تتجزأ ولا تتعدد ، ولا يجوز التنازل عنها ، فإذا تنازل شخص عن جميع ماله وما عليه إلى شخص آخر ، فلا يجوز القول بأن الشخص الأول أصبح بدون ذمة ماليـــة ، ولا أن الشخص الثاني أصبح لـــه ذمتان ماليتان ، حيث أن الأول يظل محتفظا بصلاحيته لثبوت الحقوق المالية له أو عليه ، والتنازل الذي يصدر منه لا يقع إلا في محتويات الذمة وقت صدوره لا على الذمة ذاتها ، ولا يترتب عليه سوى إضافة هذه المحتويات إلى محتويات ذمة المتنازل إليه وإدماجها فيها [٢] ، أمـــا إذا شمل التنازل جميع أموال المتنازل وديونه الحاضرة والمستقبلة فإنه يقع بـــاطلا وفقـــا للمادة ١٣١ / ٢ مدني مصري " التي تنص على أن المتعامل في تـــركة إنســـان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه ٠٠٠ " ولا تنقضي الذمة المالية للشخص إلا بوفاته التي تؤدي إلى فقدان صلاحيته لتعلق الحقوق به ٠

(١) انظر : د ٠ محمد شكري سرور – السابق ص ٢٠٩ ٠

(٢) د ٠ سليمان مرقس – السابق ص ٦٢٣ ٠

٤ – الذمة المالية تثبت لكل شخص ، حتى ولو لم يكن له أي حق ولو لم يلـتزم بأي التزام ، فالطفل له ذمة مالية ، والمفلس له ذمة مالية ، لأن كلا من الطفـل والمفـلس صالح لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات ، إذ العبرة ليست باكتسـاب الحقـوق والـتحمل بالواجـبات فعلا ، وإنما العبرة بمجرد صلاحية الشـخص لثبوت الحقوق له ، أو عليه ، ويترتب على ذلك أن الذمة لا تشمل ما للشخص من حقوق وما عليه من التزامات حالة فقط ، بل تشمل أيضا ما يمكن أن يسند منها إلى الشخص مستقبلا (١) .

٥ – الذمـة الماليـة فكرة معنوية – وهذه أهم خصائصها – تتميز عن العناصـر المكونـة لها ، وهي بذلك تعتبر وحدة – أو مجموعة – قانونية قائمة بذاتهـا لا يرتـبط وجودهـا بوجود حقوق والتزامات معينة ، لأن هذه الحقوق والالتزامات تفقد ذاتيتها ولا تظهر إلا كقيم إيجابية أو سلبية ، ومن ثم فإن الذمة الماليـة لا تـتأثر بما يطرأ على هذه الحقوق والالتزامات من تغير أو تعديل أو زيـادة ، أو نقص بل قد تزول كل هذه الحقوق والالتزامات ومع ذلك تظل الذمة المالية موجودة (٢) ؛ لأنها أشبه بوعاء يضم الحقوق والواجبات المتعلقة بالشخص فـإذا ما فرغ الإناء منها فإن هذا لا يستتبع اختفاء الوعاء نفسه ، بل يبقى ليدخل فيه ما يستحدث للشخص من أي حقوق أو التزامات .

١٠٧ – الأهمية العملية لفكرة الذمة :

إذا كـانت فكـرة الذمة المالية تعني مجموع ما للشخص من حقوق وما عليه من التزامات ذات قيمة مالية ، فإن هذا القول يعني أن هذا المجموع يكون

---

(١) انظر : د . توفيق فرج – السابق ص ٧٠٢ .

(٢) انظر : د . عبد الودود يحيى – السابق ص ٢٠٦ .

وحدة معنوية تتكون من جموع أموال الشخص والتزاماته الحاضرة والمستقبلة ، ويترتب على هذا التصوير لفكرة الذمة المالية نتيجة هامة هي :

أن الدائنين العاديين لهم حق الضمان العام على ذمة مدينهم المالية ، ومعنى الضمان العام أن الجانب الإيجابي للذمة " الحقوق " يضمن الوفاء بالجانب السلبي لها ، أي أنه في حالة امتناع المدين عن الوفاء بما عليه من ديون ، فإنه يحجز على أي مال يكون له ، سواء كان بين يديه أو بين يدي الغير ، ويستوفى منه الدين إن كان نقدا [١] ؛ أو من ثمنه بعد بيعه بالطرق المقررة قانونا .

وعلى ذلك ففكرة الذمة المالية هي التي توضح لنا حق الضمان العام الذي يكون للدائنين على أموال مدينهم ، فالدائن العادي لا يقع حقه على مال معين من أموال المدين ، وإنما يتعلق هذا الحق بالذمة في مجموعها كمجموعة قانونية سواء ما يكون موجودا في هذه الذمة وقت نشوء الدين ، أو ما يدخل فيها من أموال مستقبلا بعد نشوء الدين ، وفي القول بأن حق الدائن يقع على ذمة المدين وليس على ماله ، فائدة للدائن وأخرى للمدين .

ففائدة الدائن :

تظهر في أن حق الضمان العام يسوى بين جميع الدائنين العاديين في استيفاء حقوقهم ، فلا يفضل أحدهم على الآخرين بسبب سبق نشوء دينه ، ولا يكون لأحدهم حق التقدم إلا إذا كان له تأمين خاص على مال معين من أموال المدين ، كحق رهن أو حق امتياز ، أو حق اختصاص ، وتبدو أهمية المساواة حيث لا تكفي أموال المدين للوفاء بكل ديونه ، فحينئذ لا يفضل دائن على آخر وإنما يقسم المال بينهم قسمة غرماء ؛ أي كل بنسبة دينه .

---

(١) د . أحمد سلامة – السابق ص ١٧٦ – د . جمال الدين زكي – السابق ص ٤٧٦

أما فائدة المديــن :

فتظهر في أن حق الضمان العام لا يمنعه من التصرف في أمواله ، لأن حـــق الدائن – أو الدائنين – لا يقع على مال معين بذاته ، ومن ثم فهو لا يخول أي دائن سلطة مباشرة ، وإنما يقع على الذمة في مجموعها (١) .

١٠٩ – انقضاء الذمة المالية :

تنقضـــي الذمـــة المالية بالوفاء ، كقاعدة عامة ، أي أن الأصل أن الذمة المالية تنتهي بوفاة صاحبها ، غير أن هذا قد يؤدي إلى الأضرار بدائني المتوفى نتيجة انتقال – أو أيلولة – أموال المورث – الذي انتهت ذمته بوفاته إلى ورثته ولذلــك جاءت قاعدة " لا تركه إلا بعد سداد الديون " ، لمنع هذا الضرر بدائني المـــورث وبمقتضـــاها تـــبقي تركه المتوفى على ذمته حكما إلى أن تسدد ديونه والقـــول بـــبقاء ذمـــة المتوفى حكما يسمح ببقاء الحقوق والالتزامات التي كانت تشـــغلها إلى أن تســـدد الديون ، ثم يؤول ما يتبقى منها من أموال بعد ذلك إلى الورثة (٢) ، فإن استغرقت الديون جميع أموال التركة لا يأخذ الورثة شيئا ، وإن زادت الديـــون على أموال التركة فلا يسأل الورثة عن تلك الديون إلا في حدود الأموال التي تركها مورثهم .

١١٠ – الذمة المالية للشخص المعنوي :

الشـــخص المعنوي لـــه ذمة مالية كالشخص الطبيعي تماما ، وهذا أمر

---

(١) انظـــر : د . عبد الودود يحيى – السابق ص ٢٦١ ، د . سليمان مرقس – السابق ص ٦٢٥ ، د . محمد شكري – السابق ص ٢١٤ .

(٢) انظـــر : د . سليمان مرقس – السابق ص ٦٢٦ ، د . عبد الودود يحيى – السابق ص ٢٦١ .

تقتضيه طبيعة المعاملات في المجتمع حتى يمكن اقتضاء الحقوق منه وإلزامه بما يمكن أن يكون عليه من واجبات ، وذمة الشخص المعنوي تتكون من مجموع ماله وما عليه من حقوق مالية حالة ومستقبله وتبدأ شخصيته القانونية بوجوده قانونا وتنتهي بانقضاء هذه الشخصية المعنوية .

وتجدر الإشارة إلى أن شخصية الشخص المعنوي مستقلة عن شخصيات الأفراد المكونين لها ، ومن ثم تكون ذمته مستقلة عن ذمم الأشخاص المكونين له (١) ؛ ويترتب على ذلك أن ديون الشخص المعنوي مضمونه بحقوقه فقط لا بحقوق الأفراد المكونين له ، كما أن حقوقه لا تضمن إلا ديونه وحده لا ديون الأفراد المكونين له ، ومن ثم لا يجوز لدائني الشخص المعنوي أن يحجزوا على الأموال الخاصة بالأفراد ، ولا يجوز لدائني أحد الأفراد أن ينفذوا على الأموال الخاصة بالشخص المعنوي مع وجود استثناء واحد على ذلك هو : جواز ذلك في شركات التضامن ، حيث يجوز لدائن شركة التضامن أن يقوم باستيفاء حقه من أموال الشركة أولا ثم من أموال الشركاء الخاصة بهم رغم استقلال ذمة الشخص المعنوي وهو الشركة عن ذمم الأفراد وهم الشركاء .

وبانتهاء شخصية الشخص المعنوي تنقضي ذمته المالية " وتؤول أمواله إلى الدولة أو إلى الشخص المعنوي العام (المحافظة - المدينة)(٢) التابع لها المنشأة العامة - أيا كان نوع هذه التبعية - التي انقضت بإحدى طرق الانقضاء .

وبالنسبة للشركات فيقضي القانون بتصفية أموالها وتقسيمها على الشركاء فيها

---

(١) انظر : المادة ٣٥ من التقنين المدني المصري .

(٢) راجع : د . لاشين الغياتي - المرجع السابق ص ٥٧ .

المبحث الثاني
الشخص الاعتباري (المعنوي)

****

المطلب الأول
التعريف بالشخص الاعتباري وأهميته وبيان أنواعه .

****

١١١ – التعريف بالشخص الاعتباري :

يمكـــن القول أن الإنسان هو الشخص الطبيعي الذي يكون أهلا للحقوق وللالـــتزامات المالية ، وأهليته في هذا الشأن قد تكون أهلية وجوب وهي ثبوت الحقـــوق والالتزامات لـــه أو عليه ، وقد تكون أهلية أداء ، وهي قيامه بممارسة الحقـــوق التي تنشأ لـــه وتحميل نفسه بالالتزامات التي تقع عليه ؛ إلا أن هناك اعتـــبارات اجـــتماعية واقتصادية وسياسية كثيرة أدت بالتشريعات الوضعية إلى إضفاء هذه الأهلية الموضوعة أصلا للإنسان على هيئات ومؤسسات أو كائنات غيـــر إنسانية كالشركات والجمعيات تحقيقا لأغراض معينة ، ومن هذا يتبين أن العـــلم القـــانوني لا يشـــمل الإنسان وحده بل أن هناك مجموعات من الناس أو الأمـــوال تستطيع التعامل في هذه الحياة كما يتعامل الإنسان ويعترف لها القانون بهـــذه الأهلية (١) ، وقد أمكن الوصول إلى هذه الأمر عن طريق الاستعانة بفكرة

---

(١) انظر في هذا المعنى: د . عبد الودود يحيى – مبادئ القانون ط ١٩٧٦ ص ٢٨٨ ، د . حسن كيرة – المرجع السابق – أصول القانون – ط.: ١٩٦٠ – ص ٨٥٩ وما بعدهـــا ، د . عبد المنعم البدراوي – المدخل للعلوم القانونية ط : ١٩٦٦ ص ٦٧٩ وما بعدها ، د . سليمان مرقص – المدخل للعلوم القانونية ط ١٩٥٢ ص ٢٤٤ وما بعدهـــا ، د . عـــبد المنعم الصدة – نظرية الحق في القانون المدني الجديد – ط : ١٩٥٠ ص ١٢٧ ، د . شفيق شحاته – محاضرات في النظرية العامة للحـــق ط =

الشخص الاعتباري أو الحكمي أو المعنوي على أساس من أن مجموعة الأشخاص الطبيعيين مثلا أو مجموعة الأموال التي تخصص لأغراض معينة حكمها حكم الشخص الطبيعي وتعتبر مثل هذا الشخص في التعامل ، فحين يتجمع عدد من الأشخاص في شكل شركة أو جمعية مثلا ، أو تتكون مجموعة من الأموال في شكل وقف أو مؤسسة خاصة مثلا لتؤدي دورا أكبر في المجتمع مما يطبقه فرد واحد ، فإن الفقه القانوني يجعل لهذا المجموع من الأشخاص أو الأموال شخصية مستقلة عن الأشخاص المكونين له ، وذلك لتسهيل التعامل معه [١] ، وهذا ماصطلح على تسميته بالشخص الاعتباري أو المعنوي.

فالشخص الاعتباري على هذا النحو شخص مستقل عن الأشخاص المؤسسين له ، وله ذمة مالية مستقلة عن ذمم مؤسسيه ، وهذا يساعده على تحقيق الغرض الذي أنشئ من أجله .

وعلى هذا يمكن تعريف الشخص المعنوي بأنه : مجموعة من الأشخاص أو الأموال ترمي إلى تحقيق هدف معين ويعترف لها القانون بالشخصية [٢] .

= ١٩٤٩ ص ١١٣ وما بعدها ، د . إسماعيل غانم - محاضرات في النظرية العامة للحق ط : ١٩٦٦ ص ٢٢٧ وما بعدها ، د . منصور مصطفى منصور - المدخل للعلوم القانونية جـ٢ص٢٠٥ وما بعدها ط : ١٩٦٢ ، د . جميل الشرقاوي - دروس في أصول القانون ط ١٩٧٢ ص ٣٨٠ وما بعدها ، د . عباس الصراف ، د . جورج حزبون - المدخل إلى علم القانون ط ١٩٩١م ص ١٧٤ ، ١٧٥ .

(١) د . عبد الناصر توفيق العطار - المرجع السابق ص ٣١١ ، د . عبد الودود يحيى - السابق ص ٢٨٨ ، البدراوي - السابق ص ٦٧٩ ، د . نعمان جمعة - المدخل للعلوم القانونية ط ١٩٧٧ ص ٥٠٢ .

(٢) د . عبد الرازق حسن فرج - المرجع السابق ص ٧٠ ، د . جميل الشرقاوي - المرجع السابق ص ٣٨٠ .

ومـــن ثم يصبح هذا الشخص قابلا لأن تثبت له الحقوق وتجب عليه الواجبات ، وينظر إليه مجردا عن الأشخاص أو الأموال المكونة للشخص الاعتباري .

١١٣ – عناصر الشخص الاعتباري :

يســتبين مــن تعــريف الشخص المعنوي السابق أنه يلزم لوجوده عدة عناصر ، هي :

أ – عنصـــر موضـــوعي يتمثل في مجموعة من الأشخاص أو الأموال تسعى لغرض معين ، أي لابد من مؤسسين وفكرة تجمعهم ، وتهيمن عليهم وهي تحقيق هدف معين مثل إنشاء حزب سياسي ، أو إنشاء مؤسسة لإدارة مستشفى ، أو إنشاء شركة تجارية أو جمعية خيرية لمباشرة أي نشاط ديني أو اجتماعي .

ب – عنصـــر شـــكلي ويتمثل في اعتراف القانون أو الدولة بالشخص المعنوي ، والذي بدونه يصبح هذا الشخص مجرد كيان واقعي فقط وسواء أكان هذا الاعتراف عاما أم خاصا (١) .

جـ – وجود نظام أساسي للشخص المعنوي يتمثل في وجوه قواعد عامة مجـــردة تحـــدد أغراضه ووسائله وإمكانياته وأغراضه وحقوقه وواجباته بوجه عـــــام .

---

(١) اعتراف القانون بالشخصية المعنوية يكون عاما ويتوافر بمجرد اكتمال شروط معينة إذا توافــرت فـــي مجموعـــة من الأشخاص أو الأموال اكتسبت الشخصية القانونية الاعتبارية ، وقد يكون الاعتراف خاصا بكل حالة على حده وفقا للملائمة وتقييما لكل الاعتـــبارات المحيطة بالموضوع ، وهنا لابد من ترخيص خاص يعطيها الشخصية الاعتبارية .

د – وجود أشخاص طبيعيين لتصريف شئونه • فهذا الكيان المعنوي لا يمكـــنه مباشــرة نشاطه إلا بواسطة أشخاص طبيعيين يديرون أمواله ويبرمون التصرفات باسمه ولحسابه (١) •

وجديـــر بالذكـــر أن الشخصية الاعتبارية تبدأ منذ اعتراف الدولة بها ، وتنتـــهي بحـــلها اختياريا بالاتفاق على حل الشخص المعنوي كالاتفاق على حل الشـــركة ، أو بالحل الإجباري ، كما لو كان انتهاء الشخصية الاعتبارية بموجب حكم قضائي أو بقرار إداري أو انتهاء الأجل المحدد لتحقيق الغرض الذي أنشئ مـــن أجلـــه أو بإدماج الشخصية الاعتبارية في شخصية أخرى كإدماج هيئة في هيـــئة أخـــرى ••• الخ ، وإذا انتهت الشخصية الاعتبارية صفيت ذمتها المالية بتســـديد مـــا عليها من ديون وتوزيع مالها من أموال وفقا لما اتفق عليه وطبقا لنظامها الأساسي وللقواعد القانونية المنظمة لها (٢) •

١١٣ – خصائص الشخصية الاعتبارية :

الشـــخص الاعتـــباري إذا نشأ واكتسب الشخصية القانونية ، فإنه يصبح صـــالحا لاكتساب الحقوق ، وتحمل الالتزامات ، إلا أن الشخصية القانونية التي

---

(١) د • نعمان جمعة – المصدر السابق ص ٥٠٨ ، ٥٠٩ ، د • عبد الودود يحيـــى – المصدر السابق ص ٢٩٢ ، د • عبد الناصر العطار – مدخل لدراسة القانون ط ، ١٩٧٩ ص ٣١٥ ، د • ســـليمان مـــرقص – المصـــدر الســـابق ص ٦٧٩ ، د • مصـــطفى عـــدوي – مبادئ القانون – نظرية الحق – ط ١٩٩٨م ص ٢٨٢ ، د • فتحي عبد الرحيم ، د • محسن البيه – المدخل للعلوم القانونية ط ٩٦ – ١٩٩٧ ص ٣٩٢ – ٣٩٥ •

(٢) راجـــع : د • لاشـــين الغياتي – المرجع السابق ، د • مصطفى العدوي – المرجع السابق ص ٢٩٧ – ٢٩٩ ، د • نعمان جمعة – المصدر السابق ص ٥١٥ •

تثبت للشخص الاعتباري لا يمكن أن تتساوى مع الشخصية القانونية التي تثبت للشخص الطبيعي من جميع النواحي لاختلاف طبيعة وخصائص كل منهما عن الأخرى ، وقد نصت المادة ٥٣ / ١ مدني على هذا المعنى بقولها : " الشخص الاعتباري يتمتع بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازما لصفة الإنسان الطبيعية وذلك في الحدود التي قررها القانون" .

فهناك حقوق ملازمة لصفة الإنسان ، فما يترتب للشخص من حقوق ، وما يفرض عليه من واجبات باعتباره فردا في أسرة لا يمكن أن تتقرر للشخص الاعتباري ، كذلك قد تتقيد حرية الشخص الاعتباري بمبدأ التخصيص فلا يمكنه أن يكتسب من الحقوق إلا ما هو لازم لتحقيق الغرض الذي أنشئ من أجله ، كما لا يستطيع أن يمارس نشاطا لا يتفق مع هذا الغرض ، في حين أن الشخص الطبيعي يمكنه أن يكتسب من الحقوق ما يشاء ويلتزم بأي التزام يشاء في حدود المشروعية القانونية ، وفيما عدا هذه الفروق فإن الشخص الاعتباري يتمتع بجميع عناصر الشخصية القانونية وهي وجوب أن يكون لـه اسم خاص به ، وموطن مستقل ، وحالة وطنية [1] ، وذمة مالية مستقلة وأهلية في الدول التي يعينها سند إنشائه أو التي يقررها القانون [2] ، وعلى النحو الذي عرضناه عند دراستنا للشخص الطبيعي .

---

(١) أي رابطة بينه وبين دولة معينة ، ولكن ليس له حالة عائلية أو دينية لأن ذلك يتنافي وطبيعة الشخص الاعتباري كما سبق بيانه في المتن – انظر في هذا المعنى : د / نعمان جمعة – السابق ص ٥١٧ ، د . محمد شكري سرور – النظرية العامة للحق – ط ١٩٧٩ ص ٢٣٥ ، انظر : المادة ١١ / ٢ من التقنين المدني المصري .

(٢) انظر فيما سبق : د . عبد الودود يحيى – المرجع السابق ص ٣٠٩ ، د . حسن كيرة – المدخل إلى القانون – الطبعة الخامسة ١٩٧٤ ص ٦٤٧ وما بعدها ، د . فتحي عبد الرحيم ، د . محسن البيه – المرجع السابق ص ٣٩٧ وما بعدها ، د . شمس الدين الوكيل– محاضرات في النظرية العامة للحق ط ١٩٥٤ ص ١١٦ ، د . عبد الناصر العطار – المرجع السابق ص ٣٢٧ ، ٣٢٨ .

١١٤ - أنواع الشخص الاعتباري :

أوردت المـادة ٥٢ مـن التقـنين المدنـي المصري تعداداً للأشخاص الاعتبارية حين نصت على ما يلي :

" الأشخاص الاعتبارية هي :

" ١ - الدولـة وكذلك المديريات والمدن والقرى بالشروط التي يحددها القـانون والإدارات والمصالح وغيرها من المنشآت العامة التي يمنحها القانون شخصية اعتباريه ٠

٢ - الهيئات والطوائف الدينية التي تعترف لها الدولة بشخصية اعتبارية

٣ - الأوقـاف ٠

٤ - الشركات التجارية والمدنية ٠

٥ - الجمعيات والمؤسسات المنشأة وفقا للأحكام التي ستأتي فيما بعد ٠

٦ - كـل مجموعـة مـن الأشـخاص أو الأموال تثبت لها الشخصية الاعتبارية بمقتضى نص في القانون "٠

ويسـتبين من هذا النص أن القانون اعترف فيه اعترافا عاما بالشخصية الاعتـبارية وقسـمها إلى الأشـخاص الاعتبارية العامة والأشخاص الاعتبارية الخاصة وفيما يلي فكرة عن أهم الأشخاص الاعتبارية العامة والخاصة ٠

المطلب الثاني
الأشخاص الاعتبارية العامة

****

١١٥ - تمهيد :

الشخص الاعتباري العام : هو كل شخص اعتباري يمارس نشاطه بصفته صاحب سيادة وسلطان ، وبصفته ممثلا للمصلحة العامة (١) ، وتحكمه قواعد القانون العام ، وأهم الأشخاص الاعتبارية العامة الدولة ، والمحافظة والمركز والقرية والهيئات العامة والمؤسسات والجمعيات العامة .... الخ .

وفيما يلي نعرض لأهم الأشخاص الاعتبارية العامة :

١١٥ م - أ - الدولة :

وهي أهم الأشخاص الاعتبارية العامة وتتفرع عنها الوحدات الإدارية المختلفة كالمحافظات والمراكز والمدن والقري ، وهي في مضمونها القانوني عبارة عن جمع من الناس (الشعب) يوجد على إقليم معين ويخضع لسلطة سياسية (٢) ، وتشرف الدولة على مصالح الأمة كلها وهي صاحبة السيادة والسلطة على الإقليم (٣) .

---

(١) د . عبد الناصر العطار - المرجع السابق ص ٣٢٠ ، د . نعمان جمعة - المرجع السابق ص ٥١٩ ، د . حسن كيرة - المدخل إلى القانون ط ١٩٧٤ ص ٦٦٩ ، د . مصطفى أبو زيد فهمي - الوجيز في القانون الإداري جـ١ ط ١٩٥٧ ص ١٩٧ - ٢٠١ ، د . محمد فؤاد مهنا - القانون الإداري المصري والمقارن جـ ١ السلطة الإدارية ط ١٩٥٨ ص ٤٥٦ - ٤٥٩ ، د . مصطفى عدوي - المرجع السابق ص ٢٩١ .

(٢) د . عبد الرازق حسن فرج - المرجع السابق ص ٧١ ، د . منصور مصطفى منصور - المرجع السابق ص ٢٢١ ، د . مصطفى عدوي - المرجع السابق ص ٢٩٩ .

(٣) ويراعي أنه يجب أن يكون معلوما أن هناك فرقا بين الدولة والحكومة ؛ فالدولة هي صاحب الشخصية والحكومة هي العضو (Larane) المعبر عن الدولة (انظر في ذلك د . عباس الصراف ، د . جورج حزبون - المرجع السابق ص ١٧٨) .

والدولـة بالمعـني السـابق لها ذمة مالية مستقلة عن أفرد الشعب الذي تـتكون مـنه ، وهـي بهذه الصفة يكون لها الحق في أن تقاضي وتتقاضي في الداخل والخارج ، وتتكون الدولة من سلطات ثلاث : هي السلطة التشريعية التي تسـن القوانيـن وتـراقب الحكومـة في آدائها لمهامها وفقا للقانون ، والسلطة القضـائية ووظيفـتها الفصل في المنازعات بين الخصوم ، والسلطة التنفيذية ، ومهمـتها تـنفيذ القوانيـن وإدارة شئون الدولة المختلفة ، ويقف على رأس هذه السلطة رئيس الدولة ٠

١١٦ - الهيئات والمؤسسات العامة :

الهيـئة العامـة : مصلحة عمومية يمنحها القانون الشخصية الاعتبارية وتتخصص في إدارة مرفق عام يقوم بالوفاء بحاجات ذات نفع عام كالتعليم ، أو الـنقل ....[1] الـخ ومن أمثلة الهيئات العامة الجامعات ، وهيئة النقل العام ، والهيئة العامة للتأمين والمعاشات ، والهيئة العامة للإصلاح الزراعي ٠٠ الخ ٠

والمؤسسـات العامة هي أيضا من أشخاص القانون العام ، وهي عبارة عن مؤسسات تمارس نشاطا اقتصاديا صناعيا كان أو تجاريا أو زراعيا أو ماليا لـتحقيق خطة التنمية [2] ، علما بأن الفقه لم يستقر حتى الآن على معيار التمييز بوضوح بين الهيئات العامة والمؤسسات العامة [3] ٠

---

(١) د ٠ عبد الناصر العطار – المرجع السابق ص ٣٢١ ، انظر المادة (١) من قانون الهيئات العامة ٦١ لسنة ١٩٦٣ ٠

(٢) د ٠ عـبد الـرازق فـرج – المرجع السابق ص ٧١ ، وانظر المادة ٦ من قانون المؤسسات العامة ، و شركات القطاع العام رقم ٦ لسنة ١٩٧١ ٠

(٣) د ٠ حسن كيرة – المرجع السابق ص ٦٧٣ ، وانظر في هذا المعنى د ٠ مصطفى كمال طه – الوجيز في القانون التجاري ط ١٩٧٦ – ف ٤٧٣ ، د ٠ محمد فـؤاد=

وللمؤسسات والهيئات العامة : ذمة مالية ، وميزانية مستقلة خاصة فتستفيد بأرباحها وتتحمل خسائرها ، وأموال كل منها أموال عامة ، ما لم ينص على عكس ذلك ، وتسري على العاملين بها أحكام العاملين المدنيين في الحكومة فيما لم يرد بشأنه نص في القرارات الخاصة بها [1] لأن كل هيئة أو مؤسسة عامة تتبع جهة إدارية معينة في الدولة .

المطلب الثالث
أهم الأشخاص الاعتبارية الخاصة

****

١١٧ - تمهيد :

يمكن تقسيم الأشخاص الاعتبارية الخاصة التي تخضع للقانون الخاص إلى نوعين رئيسين : جماعات الأشخاص التي تتألف من جملة أشخاص يجتمعون على تحقيق غرض معين ، ومجموعات الأموال التي تتكون من أموال مرصودة على غرض معين .

ونتناول معالجة كل من النوعين في فرع مستقل .

= مهنا - القانون الإداري العربي في ظل النظام الاشتراكي الديمقراطي التعاوني - المجلد الأول ط ١٩٦٧م ص ٦٢٤ - ٦٢٦ ، ويؤخذ من الاتجاه العام للفقه والقضاء أن الظاهر من التشريع المصري أنه يرمز عموما بالهيئات العامة إلى المنشآت العامة التقليدية ، وبالمؤسسات العامة إلى المنشآت العامة الاقتصادية .

انظر في هذا المعنى : نقض مدني في ١٠/٤/ ١٩٦٩ - مجموعة أحكام النقض - س ٢٠ - ٢٤ رقم ٩٥ ص ٥٨٨ .

(١) د . عبد الناصر العطار - المرجع السابق ص ٣٢٢ ، د . حسن كيرة - السابق ص ٦٧٢ .

الفرع الأول
جماعـات الأشخـاص (١)

****

١١٨ – تقسيم :

تثبت الشخصية الاعتبارية لطائفتين من جماعات الأشخاص هما : الشركات ؛ والجمعيات (٢) ونعرض بإيجاز لكل منهما فيما يلي :

١١٩ – أولا : الشركات : Les saciétés

عرفت المادة ٥٠٥ مدني مصري الشركة بأنها " عقد بمقتضاه يلتزم شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهما في مشروع مالي بتقديم حصة من مال أو عمل لاقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو خسارة " ٠

ويستبين من هذا النص أن الذي يميز الشركة عن الجمعية أن الشركة يكون القصد من تكوينها الحصول على ربح مادي ، بعكس الجمعية لا يقصد من تكوينها هذا الغرض ٠

والشركات نوعان : شركات مدينة – شركات تجارية :

فالشركة المدنية : هي التي تباشر نشاطا لا يدخل ضمن الأعمال التجارية التي حددتها المادة الثانية من القانون التجاري ، وذلك مثل شركات شراء الأراضي وبيعها وتجزئتها ٠٠٠ الخ ، والشركة المدينة وإن كانت تتمتع بالشخصية الاعتبارية إلا أن ذمة الشركاء فيها ليست منفصلة تماما عن ذمة الشركة حيث نصت المادة ٥٣٢ مدني على أنه : " إذا لم تف أموال الشركة

---

(١) يقصد بمجموعات الأشخاص : ارتباط عدة أشخاص بعمل في نطاق هدف معين يجمعهم ٠

(٢) المادة ٥٢ / ٤ ، ٥ مدني ٠

بديونهـــا كــان الشركاء مسئولين عن هذه الديون في أموالهم الخاصة " ، ولكن العكــس غيــر صـــحيح ، فلا يستطيع الدائنون الشخصيون للشريك أن يتقاضوا حقوقهــم مــن نصيب الشريك في رأس المال [١] ، وفيما عدا ذلك يكون للشركة المدنية جميع مميزات الشخص الاعتباري [٢] .

أما الشركة التجارية : فهـــي الشـــركة التي تحترف القيام بالأعمال الـــتجارية كعمـــليات الشراء لأجل ، أو عمليات البنوك أو النقل أو الصناعة أو التأمين ، والشركات التجارية في القانون المصري ستة أنواع :

أ – **شركات التضامن** : وفيها يتضامن الشركاء لسداد ديون الشركة من أموال الشركة وأموالهم الخاصة .

ب – **شـــركة التوصية البسيطة** : وتتميز بأن فيها نوعين من الشركاء : شـــركات متضــــامنون يسألون عن ديون الشركة في أموالهم الخاصة ، وشركاء موصون ، وهؤلاء لا يسألون عن ديون الشركة إلا بقدر حصصهم منها .

جـــــ- **شركة المساهمة** : وهذه يتكون رأس المال فيها من الأسهم التي تكـــون قيمة كل سهم متساوية وقابلة للتداول ، ولا يسأل الشريك إلا بقدر حصته من الأسهم .

د – **شركة التوصية بالأسهم** : وفيها يوجد شركاء متضامنون مسئولون

---

(١) المادة : ٥٢٥ / مدني .

(٢) د . عـــبد الودود يحيى – المرجع السابق ص ٢٩٥ ، د . نعمان جمعة – المصدر السابق ص ٥٢٣ ، د . عبد الناصر العطار – المرجع السابق ص ٣٢٣ ، د . عبد الرازق فرج – المرجع السابق – ص ٧٢ ، د . حسن كيرة – السابق ص ٦٧٧ وما بعدها ، د . محمد شكري سرور – المرجع السابق ص ٢٢٦ .

عــن ديــون الشــركة حــتى في أموالهم الخاصة ، وشركاء مساهمون يكونون مسئولين عن ديون الشركة بقدر أسهمهم فيها ٠

هــ- شــركات ذات مســئولية محدودة : وهي شركات لا يزيد عدد الشــركاء فيهــا عــن خمسين شريكا ، ولا يكون كل منهم مسئولا إلا في حدود حصته في رأس المال ٠

و - شــركة المحاصــة : وفيها يتفق شخصان أو أكثر على أن يباشر أحدهم عملا تجاريا ثم يقتسم معهم ما قد ينشأ عن هذا العمل من ربح أو خسارة؛ وجدير بالذكر أن هذا النوع من الشركات ينشأ سرا بين الشركاء دون أن يعلنوا لا تمنح عنها ، وبالتالي لا وجود لها بالنسبة لغير الشركاء [١] ، ومن ثم فهي لا تمنح الشخصية الاعتبارية على خلاف الشركات الأخرى السابق بيانها [٢] ٠

---

(١) د ٠ عـبد الناصــر العطار - المرجع السابق ص ٣٢٣ ، د ٠ عبد الرازق فرج - المصــدر الســابق ص ٧٣ ، د ٠ نعمان جمعه - المصدر السابق ص ٥٢٢ ، د ٠ مصــطفى عدوي - السابق ص ٢٩٤ ، د ٠ حسن كيره - السابق ص ٢٧٧ ، د ٠ ســليمان مــرقص - المرجع السابق ف ٢٢٦ ، د ٠ منصور مصطفى منصور - السابق ف ١٣٩ ، د ٠ مصطفى طه - المرجع السابق ف ٢٨٤ ٠

(٢) يلاحظ أن المشرع المصري اشترط كتابة عقد الشركة وإلا كان العقد باطلا ، إلا أن هذا البطلان مقرر لمصلحة الغير فقط وليس لمصلحة الشركاء؛ وقد يشترط المشرع - أحيانــا - مــع ضرورة الكتابة - صدور قرار جمهوري برخص بتأسيسها ، ولا تكتســب الشــركة الشخصية المعنوية بمجرد تكوينها ، بل لا بد مع ذلك من استيفاء وإجــراءات النشــر عــن الشركة بالطريقة التي رسمها القانون ، وتنقضي الشركة بانقضاء الأجل المعين لها أو بانتهاء العمل الذي قامت من أجله (م ٥٢٦ / ١ مدني) أو بهــلاك مالها (م ٥٢٧ / ١ مدني) أو بإجماع الشركاء على حلها (م ٥٢٩/ ٢ مدني) أو بحكم قضائي يصدر بناء على سبب خطير يسوغ الحل (م٥٣٠ مدني) =

١٣٠ - ثانيا : الجمعيات : Les Associations

عـرفت المـادة الأولى من قانون الجمعيات والمؤسسات رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ : الجمعيـة بأنهـا : " ... كل جماعة ذات تنظيم مستمر لمدة معينة أو غيـر معيـنه تـتألف من أشخاص طبيعيين لا يقل عددهم عن عشرة ، أو من أشخاص اعتباريين لغرض غير الحصول على ربح مادي .

ويتضـح مـن هذا التعريف أنه لكي تكون هناك جمعية يجب أن تتوافر العناصر الآتية :

أ - جماعـة مـن الأشخاص سواء أكانوا أشخاصا طبيعيين أم أشخاصا اعتبارين .

ب - تـنظيم مسـتمر لمـدة معينة أو غير معينة ، أي يجب أن يتوافر للجماعة صفة (الاستمرار) ومن ثم لا تعتبر الاجتماعات العارضة في النوادي أو القيام برحلة من قبيل الجمعية .

جـ- غرض تريد الجماعة تحقيقة : ويشترط أن يكون هذا الغرض غير مـادي وهذا ما يفرق بين الجمعية والشركة ، كما يشترط أن يكون هذا الغرض مشـروعا (١) ؛ ولا يهم بعد ذلك ما إذا كانت الجمعية تسعى إلى تحقيق غرض ثقافي أو خيري أو اجتماعي أو مهني كنقابات العمال والمحاماة والمهندسين .

= كما أن شركات الأشخاص تنتهي بموت أحد الشركاء أو بالحجر عليه أو بإعساره أو بإفلاسـه أو بانسحابه إذا كانت الشركة غير معينة ، ومع ذلك يجوز الاتفاق على بقاء الشركة رغم وجود أحد الأسباب السابقة .

انظر في ذلك: د . لاشين الغياتي - السابق ص ٧٣ - ٧٤ .

(١) وقد نصت المادة ٢من قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة على : " أن كل جمعية تنشأ لسبب أو لغرض غير مشروع أو مخالفا للقوانين والآداب أو يكون الغرض منها المساس بسلامة الجمهورية أو بشكل الحكومة الجمهوري أو نظامها الاجتماعي تكون باطلة " .

١٣١ - بدء شخصية الجمعية :-

أوجبت المادة الثالثة من قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة أن يكون للجمعية نظام مكتوب موقع عليه من الأعضاء المؤسسين [١] ، والكتابة هنا شرط وجود وانعقاد لا شرط إثبات ، ويجب أن يشتمل نظام الجمعية المكتوب على بيانات عددتها المادة ٣/ ٢ وهي : اسم الجمعية ونوع وميدان نشاطها ، ونطاق عملها الجغرافي ، ومركز إدارتها على أن يكون هذا المركز في جمهورية مصر العربية ، واسم كل من الأعضاء المؤسسين ولقبه وسنه وجنسيته ومهنته ، ومحل إقامته ، وموارد الجمعية وكيفية استغلالها والتصرف فيها ، والأجهزة التي تمثل الجمعية ، واختصاصات كل منها ، وكيفية اختيار أعضائها وطرق عزلهم ، ونظام العضوية وشروطها وحقوق الأعضاء وواجباتهم ، ونظام المراقبة المالية ، وكيفية تعديل نظام الجمعية وكيفية إدماجها أو تكوين فروع لها وقواعد حل الجمعية ، والجهة التي تؤول إليها أموالها [٢] .

ولا تثبت الشخصية الاعتبارية للجمعية بمجرد تكوينها ، بل يجب أن يشهر نظامها بالقيد في السجل المعد لذلك (المادة ١٠) وكذلك يجب أن يشهر أي تعديل في نظام الجمعية وإلا اعتبر كأن لم يكن ، وعلى أن ينشر ملخص القيد في الوقائع الرسمية بغير مقابل [٣] .



(١) م ٣ / ١ .

(٢) انظر : د . حسن كيرة - المرجع السابق ص ٦٨١ ، د . شفيق شحاته - السابق ف ١٢٦ ، د . سليمان مرقص - السابق ص ٣٥٠ هامش ١ ، د . عبد الفتاح عبد الباقي - السابق ص ١٦٨ .

(٣) المادة : ١٠ / ٢ ، وانظر المواد ١١ ، ١٢ من قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة والمادة ٤٤ / و من اللائحة التنفيذية للقانون والمعدلة بالقرار رقم ٢٢٢٢ لسنة ٩٦٧ الخاصة بتنظيم إجراءات شهر الجمعية ومواعيده ، ورفضه ، ومدى حق الجهة الإدارية في رفض شهر الجمعية ومبرراته وآثاره .... الخ .

وتدار الجمعيات بواسطة أجهزة معينة هي : الجمعية العمومية ، ومجلس الإدارة ، والمدير ، وذلك بمقتضى ضوابط معينة حددها قانون الجمعيات [١] .

١٢٣ - انتهاء شخصية الجمعية :

تنتهي شخصية الجمعية بالحل ، والحل إما أن يكون اختياريا ، وإما أن يكون جبريا .

فالحل الاختياري : يتم بموافقة الجمعية العمومية للجمعية بأغلبية ثلثي الأعضاء الذين تتكون منهم الجمعية [٢] ، ويشترط لصحة قرار الحل أن يكون اقتراح الحل مدرجا في جدول الأعمال للجمعية العمومية [٣] .

وأما الحل الإجباري : فيكون طبقا للمادة ٥٧ من القانون بقرار مسبب من وزير الشئون الاجتماعية بعد أخذ رأي الاتحاد المختص في الأحوال الآتية :

أ – إذا ثبت عجز الجمعية عن تحقيق الأغراض التي أنشئت من أجلها .

ب – إذا تصرفت في أموالها في غير الأوجه المحددة لها طبقا لأغراضها .

جـ – إذا تعذر انعقاد الجمعية العمومية عامين متتاليين .

د – إذا ارتكبت مخالفة جسيمة للقانون أو إذا خالفت النظام العام .

---

(١) انظر في ذلك تفصيلا : المواد ٣٤ – ٥٦ من قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة رقم ٣١ لسنة ١٩٦٤ ، د . حسن كيرة – السابق ص ٦٨٣ وما بعدها ، د . إسماعيل غانم – السابق ص ٢٣٩ ، د . عبد الفتاح عبد الباقي – السابق ص ١٧١ ، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني جـ ١ ص ٣٩١ .

(٢) المادة : ٤٢ من القانون ٣١ لسنة ١٩٦٤ .

(٣) المادة : ٣٧ من القانون ٣١ لسنة ١٩٦٤ .

ولكـل ذي شأن أن يطعن في قرار الحل أمام محكمة القضاء الإداري ، وعلى المحكمة أن تفصل في الطعن على وجه الاستعجال وبدون مصروفات[١].

وكذلـك تنقضـي الجمعيـة بالأسـباب العامة التي ينتهي بها الشخص الاعتـباري ، كما يجوز لكل عضو بالجمعية إن ينسحب منها في أي وقت ما لم يكـن قـد تعهـد بالبقاء في الجمعية لمدة معينة ، كما يجوز فصل أحد أعضاء الجمعيـة ، وفقـا للإجـراءات المنصـوص عليها في نظامها ، ويجوز إسقاط عضـويته لأي سـبب وارد في نظام الجمعية الأساسي ما لم يكن هذا السبب لا يـتفق والـنظام العـام والآداب ، علما بأن انسحاب العضو أو فصله أو إسقاط عضويته لا يؤثر على وجود الجمعية .

وأخيرا : فإنه متى تقرر حل الجمعية وجب تصفية أموالها وتوزيعه وفقا للأحكـام المقررة في نظام الجمعية ، أو وفقا لما تراه الجهة الإدارية ما لم يوجد نص في نظام الجمعية يبين كيفية توزيع أموالها بعد حلها [٢] .

الفرع الثاني
مجموعـات الأمـوال

****

١٢٣ – تقسيم:

يقصد بمجموعات الأموال : الأشخاص الاعتبارية التي تتألف من أموال مرصـودة عـلى تحقيق غرض معين ، وقد كانت الأوقاف إلى عهد قريب هي

---

(١) المادة : ٢٧ من القانون ٣٠ لسنة ١٩٦٤ .

(٢) د . عـبد الـودود يحيى : السابق ص ٣٠٤ ، د . حسن كيرة – المرجع السابق – ص ٦٨٧ ، د . لاشـين الغيـاتي – السابق ص ٧٦ ، د . عبد الناصر العطار – السابق ص ٣٢٥ ، د . نعمان جمعة – السابق ص ٥٢٦ .

الصـــورة الوحيدة التقليدية في مصر لمثل هذا النوع من الأشخاص الاعتبارية ، إلا أنه رئي - مع تطور النشاط الاجتماعي والاقتصادي - أن نظام الوقف وحده لا يتسع لبعض أغراض النفع العام التي لا تحمل معنى البر ، من أجل ذلك أنشأ المشرع المصري صورة جديدة - بجوار الوقف - من صور مجموعات الأموال ذات الشخصية الاعتبارية وهي صورة " المؤسسة " :

وسنعالج هاتين الصورتين على النحو التالي :

١٣٤ - أولا : الأوقاف :

الوقــف هو حبس العين عن التصرف أو عن التمليك لأحد من العباد ، ورصد منفعتها - على سبيل التأقيت أو التأبيد - على جهة من جهات البر ابتداء أو انتهاء (١) .

والوقــف نظـــام إسلامي بحت تأصل وشاع الالتجاء إليه منذ أول العهد الإسلامي في كل البلاد الإسلامية وخاصة مصر ٠

وقد استقر الأمر - بعد طول تردد - فقها وقضاء وتشريعا على اعتبار الوقــف شخصـــا من الأشخاص الاعتبارية (٢) ، ويعتبر ناظر الوقف نائبا عن الوقــف لا عن المستحقين (٣) ، وقد أقر المشرع الوضعي المصري هذا الاتجاه المحمــود الــذي يتفق مع نظرة الفقه الإسلامي للوقف ، حيث نص صراحة في

---

(١) انظــر : د ٠ محمد فرج السنهوري - مجموعة القوانين المصرية المختارة من الفقه الإسلامي جــ٣ ص ٨٢٣ ، الشيخ / عبد الوهاب خلاف - أحكام الوقف ص ١٤ ٠

(٢) نقض في ٦/ ٤ / ١٩٣٤ م - مجموعة عمر جــ ١ رقم ١٧٥ ص ٣٧ ، واستئناف مختلط في ٥ / ٢ / ١٩٣٤ - المحاماة - ٤٠٠ - ٤٧١ ٠

(٣) إذا كان الوقف عقارا فيجب تسجيل الإشهاد الخاص به في سجلات الشهر العقاري ٠ انظر : د ٠ حسن كيرة - السابق ص ٦٩٣ هامش (٢) ٠

المـــادة ٥٢ / ٣ مدني على احتساب الأوقاف من طوائف الأشخاص الاعتبارية منذ إنشائه .

والقـــانون الذي ينظم الوقف في مصر هو القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ والقوانين المعدلة لــــه ؛ والراجح من مذهب أبي حنيفة فيما لم يرد به نص في القانـــون .

وتبدأ الشخصية الاعتبارية لـــه بتمام نشوئه وتكوينه وفق أحكام القانون وذلك بإشهاد لدى المحكمة وقيده في دفاترها .

وتنـــتهي شخصية الوقف انتهاء طبيعيا بانتهاء المدة المعينة لـــه إن كان مؤقـــتا [١] ، ويعـــود الوقف ملكا للواقف إن كان حيا ، وإلا فلورثته الموجودين وقت وفاته ، وإلا آل للخزانة العامة [٢] ، وتنتهي شخصية الوقف بحكم المحكمة بـــناء على طلب ذوي الشأن - إذا تخربت أعيان الوقف كلها أو بعضهـــــا ، ولـــم يمكن عمارة المستخرب أو الاستبدال به على وجه يكفل للمستحقين نصيبا فـــي الغـــلة غيـــر ضئيل ولا يضرهم بسبب حرمانهم من الغلة وقتا طويـــلا ، ويصـــير ما انتهى فيه الوقف ملكا للواقف إن كان حيا وإلا فلمستحقه وقت الحكم بإنهائه [٣] .

١٣٥ - مصير نظام الوقف :

الوقف وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية ، ينقسم إلى وقف خيري ، ووقف أهـــلي ، والأول يكـــون إذا خصص الريع من البداية إلى جهة من جهات الخير كالمستشفيات والفقراء والملاجئ .... الخ .

---

(١) م ١٦ من قانون الوقف .

(٢) م ١٧ من قانون الوقف .

(٣) م ١٨ من قانون الوقف .

أمـــا الوقـــف الأهلي فيكون إذا استحق الريع للواقف نفسه أو لغيره من الأشخاص المعينين ، ثم بعد ذلك لجهة من جهات الخير ، وقد كان قانون الوقف رقـــم ٤٨ لســـنة ١٩٤٦ يشمل تنظيما مفصلا لنوعي الوقف إلا أنه نظرا لبعض المشـــاكل الـــتي نشـــأت عن إدارة الوقف الأهلي ، فقد أصدر المشرع الوضعي المصري في ١٤ سبتمبر سنة ١٩٥٢ القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ الذي ألغى نظام الوقف على غير الخيرات .

وبذلـــك انكمش نطاق الوقف إلى حد الانحصار في الوقف الخيري نفسه الـــذي يكـــون مصـــرفه في الحال خالصا لجهة من جهات البر ، وفي شأن هذا الوقف تدخل المشرع لتجنب مساوئ إدارته المزمنة ، فجعل الولاية عليه لوزارة الأوقـــاف ما لم يشترط الواقف النظر لنفسه طبقا لنص المادة ٢ من القانون رقم ٢٤٧ لســـنة ١٩٥٣ المعدلـــة بالقانون رقم ٥٤٧ لسنة ١٩٥٣ وأجاز القانون (١) لوزيـــر الأوقـــاف – بموافقة مجلس الأوقاف الأعلى وموافقة المحكمة – إهدار شـــرط الواقـــف ، وصرف ريع الوقف كله أو بعضه على جهة بر أخرى تكون أولى من الجهة التي عينها الواقف .

وهـــذه الأحكام تبين بوضوح أنها تحمل الأفراد على الإحجام عن سلوك طـــريق الوقـــف ؛ بل وتكاد تقضي على البقية الباقية منه وخاصة بعد استحداث القانون المصري لنظام المؤسسات الخاصة (٢) .

---

(١) المادة الأولى من القانون رقم ٢٤٧ لسنة ١٩٥٣م .

(٢) انظر : د . عبد الودود يحيى – السابق ص ٣٠٨ ، د . حسن كيرة – السابـــق ص ٦٩٤ – ٦٩٥ ، د . عبد الرازق حسن فرج – المرجع السابـــق ص ٧٤ ، د . محمـــد مصطفى شلبي – الوقف والوصية بين الفقه والقانـــون ط ١٩٥٨ ص ١٢٠ – ١٢٦ .

١٣٦ - ثانيا : المؤسسات الخاصة :

تنص المادة ٦٩ من قانون الجمعيات والمؤسسات رقم ٢٢ لسنة ١٩٦٤ على أن " تنشأ المؤسسة بتخصيص مال مدة غير معينة لعمل ذي صفة إنسانية أو دينية أو علمية أو فنية أو رياضية أو لأي عمل من أعمال البر أو الرعاية الاجتماعية أو النفع العام دون قصد إلى الربح المادي " .

ويتضح من هذا التعريف أن مقومات المؤسسة الخاصة هي :

١ - مجموعة من الأموال كالوقف وليس على تجمع جماعة من الأشخاص كالشركة أو الجمعية ، فالمؤسسة تقوم على المال الذي خصصه أحد الأشخاص لغرض معين .

٢ - تستهدف المؤسسة تحقيق غرض من أغراض البر أو الرعاية الاجتماعية أو النفع العام دون أي قصد إلى تحقيق ربح مادي ، وبذلك تختلف المؤسسة عن الشركة التي تستهدف الربح المادي ، كما أن أغراض المؤسسة تجاوز أغراض الوقف لأنها تتسع لتحقيق النفع العام الذي قد لا يحمل معنى تحقيق البر .

٣ - المؤسسة تنشأ لمدة غير معينة : فلا يجوز تحديدها لمدة معينة ، وهي بذلك تختلف عن الوقف الذي يجوز أن يكون مؤقتا أو مؤبدا [١] .

١٣٧ - إنشاء المؤسسة الخاصة وبدء شخصيتها :

تنشأ المؤسسة وفقا للمادة ٧٠ من القانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٦٤ بسند

---

(١) انظر : د . حسن كيرة - السابق ص ٦٩٦ ، د . عبد الودود يحيى - السابق ص ٣٠٦ .

رسمي أو وصية ، وإذا تم إنشاء المؤسسة حال الحياة وجب أن يكون ذلك بسند رسمي يقوم بتحريره موظف مختص طبقا للقانون مثل ما لو رغب فرد أو مجموعة من الأفراد في إقامة مستشفى أو ملجأ ... الخ ، وإذا قصد المؤسس إنشاء المستشفى بعد وفاته وجب أن يكون ذلك عن طريق الوصية ، ومن ثم لا تنشأ المؤسسة إلا بعد وفاة الموصي (١) ، وفي كلتا الحالتين يجب أن تتوافر في المؤسس أهلية التبرع لأنها تعتبر من أعمال التبرع بالنسبة له ، ويعتبر سند إنشاء المؤسسة دستورا لها ، ويجب أن يتضمن سند المؤسسة أو الوصية : اسم المؤسسة وميدان نشاطها ونطاق عملها الجغرافي ومركز إدارتها في الدولة ، وغرضها ، ونظام إدارتها ، وما تتطلبه الجهات المختصة من بيانات (٢) ، ويجب شهر المؤسسة الخاصة بقيدها في السجل المعد لذلك بوزارة الشئون الاجتماعية مع نشر ملخص للشهر في جريدة الوقائع المصرية ، علما بأن الشخصية الاعتبارية للمؤسسة الخاصة لا تبدأ إلى من تاريخ شهرها وللدولة حق الرقابة على المؤسسات الخاصة وفقا لما يقرره القانون في هذا الشأن (٣) .

---

(١) ومن المعلوم أن الوصية لا تنفذ في حق الورثة بأكثر من ثلث التركة إلا بإجازتهم ، وإذا نشأت المؤسسة بوصية ، فللموصى الرجوع فيها أو تعديلها حتى وفاته ، إما إذا نشأت بسند رسمي : فلا يملك مؤسسها الرجوع فيها بعد شهرها ، ولكنه يملك تعديلها بسند رسمي – انظر في ذلك : د . عبد الناصر العطار – المرجع السابق ص ٣٢٦ .

(٢) المادة ٧٠ من ق ٢٢ لسنة ١٩٦٤ .

(٣) المادة ٧٥ من ق ٢٢ ، وانظر : المواد : ٧٠ ، ٧٧ ، ٧٩ من القانون المذكور التي بينت تفصيلا حقوق وواجبات مدير المؤسسة أو مجلس إدارتها وكذلك حقوق وواجبات الجهة الإدارية تجاه المؤسسة .

١٣٨ - انتهاء شخصية المؤسسة الخاصة :

تنتهي شخصية المؤسسة الخاصة بالحل الإجباري فقط (لا الاختياري) وذلك بقرار مسبب من وزير الشئون الاجتماعية لنفس الأسباب التي سبق ذكرها عـند معالجة الحل الإجباري للجمعيات ، وذلك وفقا للمادة ٨١ من القانون التي تـنص على " أن يسرى على المؤسسات بأنواعها من حيث حلها ما يسرى على الجمعيات في هذا الشأن من أحكام ٠

الفصل الثاني

محـــــل الحـــــق

****

١٣٩ – تمهيـد :

محـــل الحـــق هو ما يرد أو يقع عليه الحق من شيء أو عمل ، ويجب التفرقة بيـــن محـــل الحق وبين مضمونه ، فمضمون الحق : هو السلطات أو المكنات التي يعطيها الحق ويخولها لصاحبه ، فمضمون حق الملكية مثلا هو ما يثـبت للمالك من سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف ، بينما يكون الشيء الذي تنصب عليه هذه السلطات هو محل الحق ٠

ومحـــل الحق [١] – على النحو السابق – قد يكون شيئا ماديا أو معنويا وذلـــك فـــي الحقوق العينية والحقوق الذهنية ، وقد يكون عملا (إيجابيا كان أو سلبيا) وذلك في الحقوق الشخصية وجميع الحقوق غير المالية ٠

وعلى ذلك فسنقسم هذا الفصل إلى مبحثين :

المبحث الأول : في الأشيـــاء ٠

المبحث الثاني : في الأعمـال ٠

المبحث الأول
الأشيـــــــــــاء
Les choses

****

١٣٠ - التعريف بالأشياء وتمييزها عن المال :

الشـــيء فـــي اصطلاح القانون : هو كل كائن غير الشخص الطبيعي ، ويكـــون له كيـــان ذاتـــي منفصل عن الإنسان [١] ، فالأرض والمنزل والسيارة والـــنقود ٠٠٠ أشياء ، أما المال فيقصد به الدلالة على الحق المالي أو الحق ذي القيمة المالية ، أيا كان نوعه كالحق العيني والحق الشخصي ، وسواء أكان محله شـــيئا من الأشياء أو عملا ، فالحق العيني يعتبر مالا ، وكذلك الحق الذهني في الجانب المالي منه كحق المؤلف ، وكذلك حق الدائنين ٠

وخلاصـــة القـــول : أن المال في لغة القانون هو الحق المالي الذي يرد على الشيء ويدخل في الذمة المالية سواء كان حقا شخصيا أم كان حقا معنويا ، أمـــا الشيء فهو محل الحق المالي إذا كان حقا عينيا ؛ سواء كان شيئا ماديا أو معنويـــا [٢] ٠

---

(١) ولذلك لا يعتبر ذراع الإنسان أو عينه شيئا ما لم ينفصل عن جسمه ٠

(٢) راجـــع فـــي ذلك : د ٠ عبد الودود يحيى – المرجع السابق ص ٣١٢ ، د ٠ حسن كيـــرة – المـــرجع السابق ص ٧٠٣ ، د ٠ مصطفى عدوي – المصدر السابق ص ٣٣٣ ، د ٠ منصور مصطفى منصور – السابق ص ٤٣٩ ، د ٠ إسماعيل غانم – المرجع السابق ص ٨٠ ٠ د ٠ عبد المنعم الصدة – المرجع السابق ص ١٤٠ ، د ٠ ســـليمان مرقص – المرجع السابق ص ٤٣٣ ، د ٠ جميل الشرقاوي – دروس في أصول القانون ط ١٩٧١ م ص ٤١٨ ، د ٠ عبد المنعم البدراوي – المرجع السابق ص ٧٣٣ ، د ٠ نعمان جمعة – المرجع السابق ص ٥٣٢ ٠

ورغم أن الفقه القانوني بذل جهدا كبيرا في التفرقة بين الأشياء والأموال إلا أن هـذه التفرقة لازلت تدق في بعض الأحيان ، والمشرع الوضعي نفسه قد استعمل لفظ " المال " بمعنى " الشيء " في المادة ٨٧/ ١ مدني حين ذكر أنــه " تعتــبر أموالا عامة العقارات والمنقولات التي للدولة ٠٠٠٠ " وهذه العقارات والأموال تعتبر في حقيقتها أشياء ٠

١٣١ - تقسيمات الأشياء :

نظرا لأهمية الأشياء كمحل للحقوق ، فقد جرى الفقهاء على تقسيمها إلى عدة أقسام :

(١) فهي تنقسم من حيث الثبات وعدمه إلى عقارات ومنقولات ٠

(٢) وتنقسم من حيث تعيينها إلى أشياء مثلية وأشياء قيمية ٠

(٣) وتنقســم مــن حيث جواز التعامل منها إلى أشياء داخلة في دائرة التعامل وأشياء خارجة عن دائرة التعامل ٠

(٤) وتنقســم مــن حيــث تكرار استعمالها إلى أشياء قابلة للاستهلاك وأشياء غير قابلة للاستهلاك ٠

(٥) وتنقسم من حيث تخصيص منفعتها إلى أشياء عامة وأشياء خاصة وسنعالج كل نوع من هذه التقسيمات في مطلب مستقل ٠

المطلب الأول
العقارات والمنقـــولات
Immeubles et meubles

****

الفرع الأول
العقـــــــــارات (١)

****

١٣٢ - التعريف بالعقارات :

عـــرفت المادة ٨٢ / ١ مدني العقار بأنه " كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيـــه لا يمكـــن نقله منه دون تلف ، فهو عقار ، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو مـــنقول " كالأراضي ، والمباني ، والأشجار المغروسة في الأرض إذ هي أشياء مستقرة تتصل بالأرض اتصال قرار لا يقبل الانفصال دون أن يصيبه التلف (٢)

---

(١) انظـــر في ذلك : د ٠ عبد الناصر العطار – المرجع السابق ص ٤٠٧ ، د ٠ جميل الشـــرقاوي السابق ص ٤٢٠ وما بعدها ، د ٠ مصطفى عدوي – السابق ص ٣٤٧ ومـــا بعدهـــا ، د ٠ توفيق فرج – المرجع السابق ص ٨٦ ، د ٠ إسماعيل غانم – المـــرجع الســـابق ص ٨٦ ، د ٠ عبد المنعم الصدة – السابق ف ٣٩٦ ، د ٠ عبد الفتاح عبد الباقي – المرجع السابق ف ١٤٢ ، د ٠ شفيق شحاته – المصدر السابق ف ١٦٧ ، د ٠ منصور مصطفى منصور – السابق ص ٢٥٠ ٠

(٢) ويراعي أن التعريف المذكور في المتن أصبح محل نظر في العصر الحاضر ، نظرا لأن التقدم التكنولوجي ووسائل العلم الحديث توصلت لإمكانية نقل المباني والمنشآت مـــن مكـــان إلى آخر دون تلف ، ومن ثم أصبح الفيصل المستمد من طبيعة الأشياء غير مسلم به على إطلاقه ٠

انظـــر في ذلك : د ٠ مصطفى العدوي – المرجع السابق هامش (١) ص ٣٤٧ ، د ٠ عباس الصراف ، د ٠ جورج حزبون – المرجع السابق ص ١٨٦ ٠

ومـــن ثـــم يمكـــن – في رأينا – تعريف العقار بأنه " الأرض وكل ما يستقر عليها ويلتصق بها من أشياء في وقت معين على أساس أنه يبقى ثابتا فيها ومتحدا بها إلى زمن غير محدد ٠

وهذه هي العقارات بطبيعتها ، غير أن المشرع الوضعي اعتبر بعض المنقولات عقـارات - استثناء من طبيعتها - وذلك إذا خصصت لخدمة عقار واستغلاله ، فتعتبر حينئذ عقارات بالتخصيص لا بالطبيعة ٠

ونعرض فيما يلي بإيجاز لهذين النوعين من العقارات :

١٣٣ - أولا - العقارات بطبيعتها :

العقـارات بالطـبيعة immeubles par nature هي كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه [١] ، وهذا التعريف تأثر بتعريف الفقه الإسلامي للعقار ، ومن ثم فهو ينطبق على الأراضي سواء كانت معدة للزراعة أم للبناء ، وكذلك ما يكون في جوفها من مناجم ومحاجر ، وما يثبت على سطحها من أشجار ومزروعات تكون جذورها ممتدة فيها ، أما النباتات التي توضع في أوعية فلا تعتبر عقارات حتى ولو كانت هذه الأوعية مدفونة في الأرض ، وكذلك يعتبر عقارات بالطبيعة ما يقام على الأرض أو في جوفها من أبنية ثابتة مستقرة حتى ولو كانت مملوكة لغير مالك الأرض ، أو كانت مؤقتة البقاء [٢] ، مادام يمكن نقلها من مكان لآخر دون تلف ، أما المباني التي لا تكون مثبته في الأرض بل يمكن نقلها ودون تلف فهي من المنقولات كالأكشاك التي يمكن حلها وإقامتها في مكان آخر دون تلف، وخيـام البدو ، ومخيمـات الجوالة والكشافة ٠٠٠٠ الخ . كذلك يعتبر عقارا بطبيعـته كـل الأشـياء التي تعتبر مكملة للبناء كالأبواب والشبابيك والمصاعد وصنابير المياه، ورغم أن هذه الأشياء يمكن فصلها من البناء دون تلف، إلا أن

---

(١) مادة : ٨٢ / ١ مدني مصري ٠

(٢) نقض مدني في ٣١ / ١ / ١٩٤٦م - مجموعة عمر - رقم ٣٦ ص ٩٣ ، وانظر : د ٠ حسـن كيـرة - المرجع السابق ص ٧٠٩ ، د ٠ عبد الودود يحيى - المرجع السابق ص ٣١٤ ، د ٠ توفيق فرج - المصدر السابق ص ٢٦ ٠

وصــف العقــار يـلحقها طالما هي مثبتته في البناء ، فإذا فصلت فإنها تصبح مــــــن المنقولات (١) .

١٣٤ - ثانيا - العقارات بالتخصيص :

العقــار بالتخصــيص immeuble par destinctian - كما جاء في المــادة ٨٢ / ٢ مدنــي مصري - هو " المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه رصدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله " .

ويستبين من هذا التعريف أن العقار بالتخصيص هو في الأصل منقول ، ولكــن الــذي خــلع عليه صفة العقار هو تخصيصه لخدمة العقار أو استغلاله كالمحــراث المخصــص لخدمــة الأرض ، والحيوانات المخصصة للزرا ، والأســمدة ، والآلات الموضــوعة في المصنع ، والأثاث الخاص بالفنــدق (٢) ... الخ .

١٣٥ - شروط اعتبار المنقول عقارا بالتخصيص :

يشترط لكي يعتبر المنقول عقارا بالتخصيص توافر الشروط الآتية :

---

(١) د . عــبد الودود يحيى - المرجع السابق ص ٣١٥ ، وانظر في ذلك : د . سليمان مرقص - المرجع السابق ف ٢٨٦ ، د . إسماعيل غانم - المرجع السابق ص ٨٦ ، د . حســن كيرة - المرجع السابق - الموضع السابق ، د . عبد المنعم الصدة - السابق - ف ٣٩٨ ، د . عبد الفتاح عبد الباقي - المرجع السابق ف ١٤٧ .

(٢) انظر في ذلك : د . عبد الناصر العطار - المرجع السابق ص ٤٠٤ ، د . شكري سرور - المرجع السابق ص ٢٦٢ ، د . نعمان جمعه - المرجع السابق ص٥٣٨ ، د . مصــطفى العدوي - المرجع السابق ص ٣٤٩ ، ومارت ورينو - السابق ص ٤٩٥ - ٤٩٦ ، بــند ٣١٥ ، شيفا لييه ص ١٣٥ - ١٣٦ جوجلار : ص ٢٣٠ بند ١٨٩ .

(أ) أن يكون مالك كل من العقار والمنقول شخصا واحدا :

يجب أن يكون العقار والمنقول مملوكين لشخص واحد حتى يمكن إسباغ وصف العقار على المنقول ، وعلى ذلك لا تعتبر عقارات بالتخصيص المواشي المملوكة لمستأجر الأرض الزراعية رغم أنها مخصصة لخدمتها ، كما أن مالك العقـار إذا اسـتعمل فـي استغلاله لأرضه أدوات وآلات مملوكة للغير فإنها لا تصير بهذا الاستعمال عقارات بالتخصيص .

والعـلة فـي ذلـك أن المشرع أراد باعتبار بعض المنقولات عقارات بالتخصـيص أن تـلحق هـذه المـنقولات بالعقارات عند التنفيذ على العقار أو التصـرف فيه[١] ، وهذا لا يتحقق إلا إذا كان العقار والمنقول مملوكين لشخص واحـد .

(ب) أن يكون المنقول مخصصا لخدمة العقار أو استغلاله :

يشـترط لاعتبار المنقول عقارا بالتخصيص أن يكون المنقول مخصصا لخدمـة العقـار أو استغلاله كالآلات الزراعية والمواشي التي تخصص لخدمة الأرض ، ولا يشـترط أن يكون التخصيص بصفة دائمة ، أو مؤيدة بل يكفي أن يكون ملحوظا فيـه صفة الثبات والاستمرار [٢] ، ويشترط في التخصيص أن يكـون عيـنيا لا شخصيا ، أي يكون مخصصا لخدمة العقار لا لخدمة المالك ، فالسـيارة التي يركبها مدير المصنع لا تعتبر عقارا بالتخصيص ، وذلك بخلاف السـيارات الـتي تقـوم بتوصـيل إنتاج المصنع إلى العملاء ، ولا يشترط في التخصيص أن يكون ضروريا [٣] بل يكفي أن يكون فيه نفعا وفائدة للعقـار ،

---

(١) د . عبد الودود يحيى – المصدر السابق ص ٣١٥ .

(٢) انظر : د . حسن كيرة – المرجع السابق هامش ١ ، ٢ ص ٧١١ .

(٣) فـي هذا المعنى : المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري – مجموعة الأعمال التحضيرية ١ / ٤٦٧ .

ومـــن أمثـــلة التخصـــيص لخدمة العقار ما يوضع في دور العبادة من سجـــاد ومقاعد ٠٠٠ ، ومن أمثلة التخصيص للاستغلال ما يرصد على استغلال المصنع مـــن آلات وأدوات التصـــنيع المـــنقولة ومن عربات وسيارات مخصصة لنقل البضائع والمنتجات ، وما يرصد على استغلال الأرض ذراعيا من آلات مختلفة وأسمدة وبذور وحيوانات ٠٠٠٠٠ الخ ٠

(جـ) أن يكون هذا التخصيص بواسطة مالك العقار أو نائبه الذي يعمل لحســابه كوكيلــه أو صــبه أو القيم عليه أو الحارس القضائي على أمواله ، أو بواسطة الحائز للعقار بنية التملك ، ولذلك لا تعتبر عقارات بالتخصيص الأدوات الزراعية المخصصة لاستغلال الأرض إذا وضعت وخصصت لاستغلال الأ... من غير المالك ، كما لو قام بذلك المستأجر أو المنتفع ، أو الدائن المرتهن رهن حيازة ، إلا إذا كان نائبا في ذلك عن المالك (١) ٠

١٣٦ – حكم العقار بالتخصيص :

إذا توافـــرت الشـــروط الســـابقة فـــإن المنقول المرصود على خدمة أو استغلال عقار يعامل معاملة العقار ، ويتساوى في الحكم بالعقار الذي رصد على خدمته أو استغلاله ٠

---

(١) انظر : د ٠ عبد الناصر العطار – المرجع السابق ص ٤٠٨ وما بعدهـــــــا ، د ٠ عـــبد الـــرازق فـــرج – المرجع السابق ص ٨٩ ، د ٠ إسماعيل غانـــــم – المـــرجع السابق ص ١٠٣ ، د ٠ عبد الفتاح عبد الباقي – المرجع السابق ف ١٥٦ ومـــا بعدهـــا ، د ٠ نعمان جمعة – المرجع السابق ص ٥٣٨ ، د ٠ حسن كيره – المـــرجع السابق – الموضع السابق – وانظر في فقه القانون الفرنسي ٠ مـــازو – جـــ ١ ف ١٩٠ ٠

وعلى ذلك : لا يجوز الحجز على المنقول منفصلا عن العقار الذي ألحق به ولو لم يذكر ذلك في تنبيه نزع الملكية ، كذلك يتبع العقار بالتخصيص مصير العقار الذي ألحق به عند التصرف فيه أو رهنه [١] .

ومـــع ذلـــك : هـــناك أحكام خاصة احتفظ فيها المشرع الوضعي لهذه المـــنقولات بذاتيتها حماية لمن لهم حقوق عليها مثل بائعها الذي يحتفظ بامتيازه عليهـــا [٢] .

وتجدر الإشارة أخيرا إلى أن صفة العقار بالتخصيص تزول إذا زال هذا التخصـــيص ، فالمالك الذي يقوم بهذا التخصيص يستطيع أن يزيله بعمل ظاهر يدل عليه ، بأن يرفع المالك المنقول – مثلا من العقار ، وللمالك أن يبيع العقار ويحـــتفظ بالمـــنقول الذي كان مخصصا لـــه ، فتزول عن المنقول صفة العقار بالتخصـــيص – لزوال شرط اتحاد المالك – حتى ولو استمر تخصيصه لخدمة العقار أو استغلاله عن طريق العارية مثلا [٣] .

---

(١) المادة : ١٠٣٦ من القانون المدني المصري .

(٢) د . نعمـــان جمعـــة – المرجع السابق ص ٥٣٨ ، وانظر المادة ١١٤٥ / ١ مدني مصري ، د . عبد الرازق فرج – المرجع السابق ص ٩١ ، د . إسماعيل غانم – المـــرجع الســـابق ص ١١٠ ، د . سليمان مرقص – المرجع السابق – ف ٢١٨ ، د . عبد المنعم البدراوي – المرجع السابق ف ٥١٧ ، د . نعمان جمعة – المرجع السابق – الموضع السابق .

(٣) ويلاحـــظ أن القـــانون المدني الفرنسي عرف المنقولات في المادة ٥٢٨ منه بأنها " الأشياء التي يمكن نقلها من مكان لآخر ، سواء لأنها تتحرك بذاتها كالحيوانات ، أو بتأثير قوة أجنبية كالأشياء غير الحية " .

الفرع الثاني
المنقـــــــــولات
****

١٣٧ - التعريف بالمنقول وأنواعه :

اكتفى المشرع المصري بتعريف العقار ، ولم يعرف المنقول ، ومن ثم فلا مناص من تعريف المنقول وفقا لمفهوم المخالفة لتعريف العقار ؛ أي أن كل شيء لا تتوافر له صفة العقار يعتبر منقولا .

وقـد عرف جمهور الفقه القانوني المصري المنقول بأنه : كل ما يمكن نقله أو تحريكه من مكان إلى آخر دون تلف(١) ، كالسيارات والمواشي ، وأثاث المـنازل ، وهذه ما تسمى المنقولات بطبيعتها ، وهناك نوع آخر من المنقولات تسمى المنقولات بحسب المآل . وهو في الواقع عقار يتم التعامل فيه على أساس أنه سيصير أو سيؤول حتما إلى منقول في المستقبل .

وعـلى ذلـك ينقسم المنقول إلى منقول بالطبيعة ، ومنقول بحسب المآل وهو ما سنتحدث عنه فيما يلي :

١٣٨ - أولا : المنقول بطبيعته : meuble par natur

وهو كل شيء يمكن نقله أو تحريكه من مكان لآخر دون تلف بشرط ألا يكون عقارا بالتخصيص ، وسواء بعد ذلك أكانت هذه الأشياء مادية كالسيارات ، وأثاث المنزل - والآلات الزراعية والسفن والطائرات ، أم كانت معنوية كالاسم

---

(١) د . عـبد الودود يحيى - المرجع السابق ص ٣١٧ ، د . نعمان جمعه - المرجع السابق ص ٥٣٩ ، د . محمد شكري سرور - المرجع السابـــق ص ٢٢٦ ، د . عـبد الفـتاح عـبد الباقي - المرجع السابق ف ١٦٦ ، د . إسماعيل غانم - المرجع السابق ص ١١٠ .

التجاري ، وأفكار المؤلفين والمخترعين ، وتعتبر الأشياء المعنوية منقولات[١] ؛ لأن تعريف المادة ٨٢ / ١ يشملها ، فهذه المادة بعد أن عرفت العقار ، أضافت " وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول " وهذا يشمل الأشياء المادية والأشياء المعنوية على حد سواء ، وقد ثار الشك حول اعتبار بعض الأشياء منقولات بالطبيعة كالغاز والكهرباء ، ولكن الرأي أصبح مستقرا الآن على اعتبارها منقولات بالطبيعة ، إذ هي أشياء مادية تدركها الحواس رغم أنه قد تحتويها أنابيب ثابتة لها صفة العقار [٢] ، ومن ثم يعتبر اختلاسها من قبيل السرقة التي لا تقع على المنقولات ٠

١٣٩ - ثانيا - المنقول بحسب المآل [٣] :

المنقول بحسب المآل هو في الأصل شيء ثابت متصل بالأرض ، ومن ثم فهو عقار بطبيعته ، إلا أن القانون ينظر إليه باعتبار ما سيؤول إليه ، إذا أنه سيصبح منقولا في وقت قريب ، ولهذا يعطيه المشرع صفة المنقول سواء في الحجر عليه أو في الامتياز المقرر عليه ، لأن مصيره الحتمي هو إمكان نقله وتحريكه دون تلف ، ومعنى ذلك أن طبيعته تتحدد لا بالنظر إلى وضعه الحالي

---

(١) انظر د ٠ إسماعيل غانم – المرجع السابق – الموضع السابق ، د ٠ نعمان جمعه – المرجع السابق ص ٣٨٥ ، د ٠ عبد الودود يحيى – المرجع السابق – الموضع السابق ، د ٠ محمد شكري سرور – المرجع السابق ص ٢٢٦ وما بعدها ، د ٠ سليمان مرقس – السابق – ف ٢١٨ ، د ٠ عبد المنعم البدراوي – المرجع السابق – ف ٥١٧ ، د ٠ عبد الرازق فرج – المرجع السابق ص ٩١ ٠

(٢) د ٠ حسن كيرة – المرجع السابق ص ٧١٥ ٠

(٣) في هذا الموضوع : د ٠ حسن كيرة – المرجع السابق – ص ٧١٥ وما بعدها ، د ٠ عبد الفتاح عبد الباقي – المرجع السابق ف ١٧١ ، والبدراوي – السابق ف ٥١٨ ، والصدة – السابق – ف ٤٠٤ ، د ٠ إسماعيل غانم – محاضرات في النظرية العامة للحق ط ١٩٥٨ م ص ٩٤ ، د ٠ عبد الرازق حسن فرج – المرجع السابق ص ٩٣ ، د ٠ نعمان جمعة – المرجع السابق ص ٥٩٩ ٠

ولكـن بحسـب مـا سيؤول إليه في المستقبل ، ومن أمثلة هذه الأشياء : الثمار والمحاصيل قبل جنيها ، والمباني المعدة للهدم ، والأشجار التي يراد قطعها .

ويـترتب عـلى اعتبار العقار منقولا بحسب المآل : أن هذه الأشياء إذا بيعـت : تسرى عليها أحكام بيع المنقول ، وإذا حدث نزاع بشأن هذه الأشياء : فإن المحكمة المختصة تكون هي المحكمة الموجود بدائرتها موطن المدعي عليه لا المحكمـة التي يوجد في دائرتها العقار ، كما أن ملكية هذه الأشياء تنتقل من البـائع إلى المشـتري دون حاجـة إلى تسـجيل العقد لأنها في حكم المنقول لا العقـار (١) .

ولكي تعتبر هذه الأشياء منقولا بالمآل يجب توافر لشرطين الآيتين :

أولهمـا : أن تتفق إرادة المتعاقدين على اعتبار الشيء منقولا بحسب المـآل ولا يكفـي مجرد النية ، فإذا أراد الدائن مثلا أن يوقع الحجز على البناء مستقلا عن الأرض باعتبار ما سيتخلف عنه من أنقاض ، فإن ذلك غير جائز ، لأن الـنظر إلى الأشـياء بحسـب مآلهـا يجـب أن يكون باتفاق صريح بين الطرفيـن (٢) .

ثانيهمـا : أن يكون انفصال الشيء عن الأرض أمر محقق الوقوع في وقـت قـريب ، ولا يكفـي فـي هذا الشأن مجرد الاحتمال بشأن انفصال هذه العقارات عن أصلها .

---

(١) د . عبد الودود يحيى – المرجع السابق ص ٣١٧ ، وانظر في المنقول بحسب المآل في فقه القانون الفرنسي مازو جـ ١ ص ٢٢٣ .

(٢) هناك حالة وحيدة اعتبر القانون فيها الشيء منقولا بحسب المآل دون الاعتداد بإرادة المتعاقدين وهي حالة حجز الثمار المتصلة والمزروعات القائمة قبل نضجها ، حيث تـنص المـادة ٣٥٤ من قانون المرافعات رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ على أنه " لا يجوز حجـز الثمار المتصلة ولا المزروعات القائمة قبل نضجها بأكثر من خمسة وأربعين يوما .

١٤٠ – أهمية تقسيم الأشياء إلى عقارات ومنقولات :

تظهر أهمية تقسيم الأشياء إلى عقارات ومنقولات فيما يلي :

١ – بعض الحقوق العينية لا ترد إلا على العقار كحق الرهن الرسمي ، وحق السكنى ، وحق الحكر ، وحق الاختصاص ، فهذه الحقوق لا يمكن أن ترد على المنقول .

٢ – الشهر لا يلزم في التصرفات المتعلقة بالمنقول ، وإنما هو ضروري بالنسبة للتصرفات الواردة على العقار ، والتي من شأنها إنشاء أو نقل أو تغيير أو زوال أي من الحقوق العينية الأصلية أو التبعية [١] .

٣ – الشفعة لا تكون إلا في العقار دون المنقول [٢] .

٤ – الاختصاص القضائي : بالنسبة للدعاوى المتعلقة بحق عيني على عقار ، يكون الاختصاص للمحكمة الواقع في دائرتها العقار ، بينما يكون الاختصاص القضائي للدعاوى الأخرى للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعي عليه .

٥ – دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن الفاحش [٣] في عقد البيع لا تقبل إلا إذا كان المبيع عقارا مملوكا لشخص لا تتوافر فيه الأهلية الكاملة ، ولا تقبل هذه الدعوى إذا كان المبيع منقولا .

٦ – الحجز على العقار وبيعه أمر خطير ، ولذلك أحاطه المشرع بإجراءات معقدة ، حماية وضمانا لحقوق المالك ، أما إجراءات الحجز على المنقولات فهي إجراءات بسيطة وأكثر مرونة من إجراءات الحجز على العقار .

---

(١) د . نعمان جمعة – السابق ص ٥١٩ ، د . عبد الناصر العطار – المرجع السابق ص ٤١٢ .

(٢) الشفعة عبارة عن رخصة تجيز للشريك والجار الحلول محل مشتري العقار .

(٣) الذي يقل ثمن المبيع فيه عن أربعة أخماس الثمن الحقيقي .

٧ - الدعاوى الخاصة بحماية الحائز كدعوى منع التعرض الصادر من الغير إنما تتقرر لحائز العقار دون حائز المنقول [١] .

٨ - الأعمـــال التجارية تتعلق بمنقولات ، أما الأعمال المتعلقة بعقارات فلا تعتبر أعمالا تجارية - كقاعدة عامة - إلا ما تقرر منها نص خاص .

١٤١ - الأموال العقارية والأموال المنقولة :

كما أن هناك فرقا بين الأشياء العقارية والأشياء المنقولة على النحو الذي بيناه في موضع ، هناك أيضا - فرق بين الأموال العقارية والأموال المنقولة تبعا للتفرقة بيـــن الأشياء والأموال الذي بيناه في حينه ، فالأموال العقارية عرفتها المادة ٨٣ مدني بقولها [٢] : يعتبر مالا عقاريا كل حق عيني على عقار بما في ذلك حق الملكية ، وكذلك كل دعوى تتعلق بحق عيني على عقار .

٢ - ويعتبر مالا منقولا ما عدا ذلك من الحقوق العينية " .

ويستبين من هذا النص أن الأموال العقارية هي :

(١) الحقوق العينية الأصلية والحقوق العينية التبعية ، ودون تفرقة بين حـــق المـــلكية وسائر الحقوق العينية الأخرى كحق الرهن الرسمي وحق الرهن الحيازي وحق الاختصاص وحق الامتياز وهي الحقوق العينية التبعية .

---

(١) د . عبد الرازق حسن فرج - المرجع السابق ص ٨٣ ، د . عبد الناصر العطار - المـــرجع الســـابق ص ٤١٢ ، د . نعمان جمعة - المرجع السابق ص ٥٤٢ ، د . حســـن كيرة - المرجع السابق ص ٧١٦ ، د . إسماعيل غانم - المرجع السابق - ص ٩٣ - ٩٤ ، د . مصطفى العدوي - المرجع السابق ص ٣٥٦ .

(٢) د . عبد الودود يحيى - المرجع السابق ص ٣١٩ ، د . نعمان جمعة - السابق ص ٥٤١ .

(٢) يعتبر مالا عقاريا : الدعاوى التي تتعلق بحق من الحقوق الواردة على عقار ٠

أمـــا الأموال المنقولة : فهي – بمفهوم المخالفة – جميع الحقوق غير العقارية ويشمل ذلك :

١ – جميع الحقوق العينية الواردة على منقولٍ ٠

٢ – جميع الحقوق الأدبية وهي التي يكون محلها شيئا غير مادي كحق المؤلف أو المخترع والاسم التجاري والعلامة التجارية ٠

٣ – جميـــع الحقوق الشخصية سواء أكان محلها القيام بعمل أم الامتناع عـــن عمـــل ، أم إعطاء شيء حتى ولو كان هذا الشيء عقارا ، كحق مشتري العقار نحو البائع قبل تسجيل عقد البيع [١] .

١٣٤ – أهمية تقسيم الأموال إلى عقارية ومنقولة :

هي نفس مبررات تقسيم الأشياء إلى عقارية ومنقولة والسابق بيانها في البند السابق فارجع إليه ٠

---

(١) انظر : د ٠ عبد المنعم البدراوي السابق ص ٤٨٠ ، د ٠ سليمان مرقس – المرجع السابق ص ٨٥٧ ، د ٠ لاشين الغياتي – المرجع السابق ص ١٢٧ ٠

المطلب الثاني

الأشياء المثلية والأشياء القيمية

Choses fongibles et choses non fongble

****

١٤٣ - أولا : الأشياء المثلية :

عـرفت المادة ٨٥ مدني مصري الأشياء المثلية بقولها " الأشياء المثلية هـي التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء ، والتي تقدر عادة في التعامل بين الناس بالعدد أو المقاس أو الكيل أو الوزن " .

وتسمى كذلك بالأشياء المعينة بالنوع choses de genre لأنه يكفي في تعيينها ذكر نوعها ، وعدد وحدادتها .

فالأشياء المثلية هي تلك التي تتماثل مع بعضها البعض ، ولا يقوم بينها اخـتلاف يعـتد به عند التعامل ، والمثليات تقدر عادة في التعامل بين النـاس **بـالعدد** : كالبيض والليمون من نوع واحد ، وقد تقدر **بالمقاس** : كأمتار القماش مـن ثـوب واحـد ، وقد تقدر **بالكيل** كالقمح من **نوع** واحد ، وقد تقدر **بالوزن** كالبرتقال من صنف واحد (١) .

أما الأشياء القيمية أو الأشياء المعينة بالذات : فهي الأشياء التي لا يقوم بعضـها مقـام بعـض فـي الوفاء ، وذلك لتفاوت آحادها تفاوتا يعتد به (٢) ،

---

(١) انظر فيما سبق : د . عبد الناصر العطار - المرجع السابق ص ٤١٣ ، د . نعمان جمعـة - المرجع السابق ص ٥٤٤ ، د . عبد الرازق فرج - المرجع السابق ص ٨٣ ، د . إسـماعيل غانم - المرجع السابق ص ٨٤ ، د . البدراوي - السابق ف ٥٠١ ، د . عبد الفتاح عبد الباقي - المرجع السابق ف ١٤٠ .

(٢) د . عبـد الـودود يحيى - المرجع السابق ص ٣٢٢ ، د . محمد شكري سرور - المرجع السابق ص ٢٦٨ ، د . لاشين الغياتي - المرجع السابق ص ١١٨ .

كالأراضي ، والمنازل ، والحيوانات ، والسيارات المعينة [١] .

ويـبدو من نص القانون أنه أخذ بمعيار مادي للتفرقة بين الشيء المثلى والشيء القيمي ، فإذا كان الشيء مما يعد أو بوزن أو يقاس أو يكال : كان مثليا وإلا فهـو قيمي ، إلا أن ذلك ليس ضروريا في كل الأحوال ، فقد يكون الشيء مثـليا " وفقـا للمعيار الذي ذكرته المادة ٨٥ مدني ، ومع ذلك تجعل منه إرادة المتعاقدين شيئا قيميا ، فالنقود من المثليات ، ولكنها قد تكون من الأشياء القيمية إذا اسـتعيرت لتوضع في معرض مدة معينة ترد بعدها ، وكذلك الأراضي من القيميات ولكنها تكون من المثليات إذا قسمت أقساما متساوية بحيث يمكن أن يقال أن آحادها متساوية كما تفعل شركات البناء أحيانا " [٢] .

ويعـرف فقهاء الشريعة الإسلامية المثلى بأنه مالا تتفاوت آحاده تفاوتا يعتد به وتوجد له نظائر في الأسواق كالنقود والقماش من ثوب واحد .

أمـا القيمي فيعرفونه بأنه : ما تفاوتت آحاده تفاوتا يعتد به أو لم تتفاوت آحـاده ولكن انعدمت نظائره في الأسواق كعملة أثرية من النقود ولا نظير لهـا فـي الأسـواق وبذلـك يكون كالمثلى ؛ والمثلى والقيمى في القانون هو المثلى والقيـمى في الشريعة الإسلامية ، وإن كان تعريف الفقه الإسلامي لهما أدق منه فـي القـانون ، لأن الأول عـرف كلا منهما بما هيته ، بينما عرفهما القانون بنتائجهما وآثارهما [٣] .

---

(١) د . حسـن كيـرة - المـرجع السـابق ص ٧٢٠ ، د . نعمان جمعة - السابق - الموضع السابق .

(٢) د . عـبد الودود يحيى - المرجع السابق ص ٣٢٢ ، وانظر : د . حسن كيرة - المرجع السابق ص ٧٢٠ .

(٣) د . عبد الناصر العطار - المرجع السابق ص ٤١٤ .

١٤٤ – أهمية تقسيم الأشياء إلى مثلية وقيمية :

تبدو أهمية تقسيم الأشياء إلى مثلية وقيمية في عدة مسائل أهمها :

١ – المقاصـــة القانونيـــة لا تقع إلا بين دينين موضوع كل منهما أشياء متماثلة (١) .

٢ – هلاك الأشياء القيمية ينقضي به الالتزام لأن تنفيذه يصبح بعد ذلك مســتحيلا ، أمـــا هلاك الأشياء المثلية فلا يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا لأن لها نظائر في الأسواق ، فيقوم بعضها مقام بعض في الوفاء .

٣ – بالنســبة لانــتقال الملكية : إذا كان الشيء مثليا كعشرة أرادب من القمح فإن ملكيته لا تنتقل إلا من وقت الإفراز ، أما إذا كان معينا بذاته (قيمي) فإن الملكية تنتقل بمجرد العقد .

٤ – فـــي الوفـــاء بالالتزام : لا يقع الوفاء في الأشياء القيمية إلا بذات الشيء ولا يجبر الدائن على قبول شيء غيره حتى ولد كان مساويا له في القيمة؛ أمـــا إذا كان الشيء مثليا فإن المدين يبرأ من التزامه إذا قدم شيئا من نفس النوع وبالقدر والصفة المتفق عليها في العقد (٢) .

---

(١) المادة ٣٦٢ / ١ مدني مصري .

(٢) د . عبد الرازق حسن – السابق ص ٨٦ ، د . عبد الودود يحيى – المرجع السابق ص ٣٢٣ ، د . حســن كيرة – المرجع السابق ص ٧٣١ ، د . منصور مصطفى منصور – المرجع السابق ص ٢٥٠ ، د . نعمان جمعة – المرجع السابق ص ٥٤٥ ، د . عــبد الناصــر العطار – المرجع السابق ص ٤١٥ ، د . شكري سرور – المــرجع الســابق ص ٢٦٩ ، وانظــر نقض مدني في ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٣٣ – مجموعة عمر (المدنية) جـــ ١ رقم ١٤٦ ص ٢٦٩ .

المطلب الثالث
الأشياء القابلة للتعامل
والأشياء الخارجة عن التعامل

****

١٤٥ – الأشياء القابلة للتعامل :

الأصـــل في الأشياء كلها قابليتها للتعامل ، وكل شيء يصح التعامـــل فيـــه يصلح لأن يكون محلا للحقوق ، وقد نصت على ذلك المادة ٨١/ ١ مدني بقولهـــا " :

١ – كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلا للحقوق المالية ٠

٢ – والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يســتأثر بحيازتها ، وأما الخارجة بحكم القانون فهي التي لا يجيز القانون أن تكون محلا للحقوق المالية " ٠

ويتضـــح مـــن الـــنص السابق أن هناك أشياء تخرج عن دائرة التعامل بطبيعتها وأشياء تخرج عن التعامل بحكم القانون ٠

١٤٦ – الأشياء الخارجة عن التعامل :

قـــد يكون الشيء خارجا عن التعامل بطبيعته ، وقد يرجع هذا إلى كون الشيء مما لا يجوز التعامل فيه شرعا (١) ٠

---

(١) د ٠ عـــبد الرازق فرج – المرجع السابق ص ٧٩ ، د ٠ شكري سرور – المرجع الســـابق ص ٢٧٠ ، د ٠ عـــبد الـــودود يـــحيى – المرجع السابق ص ٣١٣، د ٠ مصـــطفى عدوي – المرجع السابق ص ٣٤٠ – ٣٤١ ، د ٠ عبد الناصر العطار – المرجع السابق ص ٤٠٠ – ٤٠١ ، د ٠ نعمان جمعة – المصدر السابق ص ٥٣٤ ، ٥٣٥ ٠

أولا – الأشياء الخارجة عن التعامل بطبيعتها :

وهـــي تــلك لا يســتطيع أحد أن يستأثر بحيازتها [١] ، وهي ما تسمى بالأشياء المشتركة التي ينتفع بها الكافة ، كأشعة الشمس ، والهواء ، وماء البحر؛ وهي بذلك لا يمكن أن تكون محلا لحق من الحقوق ٠

وســبب عدم قابلية هذه الأشياء للتعامل هو أنه لا يمكن الاستئثار بها أو التســلط عــليها في مجموعها من جانب أحد الأفراد ، ولكن إذا أستأثر شخص بكميــة من هذه الأشياء فإنها تصبح مملوكة له ملكية فردية ، وبالتالي يصح أن تكون محلا للتعامل مثل حيازة كمية من الهواء المضغوط لأغراض صناعية ٠ أو احتجاز كمية من مياه البحر في أحواض لترسيبها واستخراج الملح منها ٠

ثانيا – الأشياء الخارجة عن التعامل بحكم القانـون :

وهي الأشياء التي لا يجيز القانون أن تكون محلا للحقوق المالية ، رغم أنها قابلة للتعامل بطبيعتها [٢] ، وهذه الأشياء الخارجة عن التعامل بحكم القانون تكون في صورتين :

أولهما : أشياء يحرم القانون التعامل فيها لأنها مخصصة للمنفعة العامة، والتعامل فيها يتنافى مع هذا التخصيص كالأموال المملوكة للدولة ، أو للأشخاص الاعتــبارية العامة ، وهذه الأموال لا يجوز التصرف فيها ، أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم [٣] ٠

---

(١) م ٨١ / ٢ مدنى مصري ٠

(٢) مادة : ٨١ / ٢ مدني مصري ٠

(٣) انظر المادة : ٨٧ مدني مصري التي تنص عليه أنه :

١ – تعتبر أموالا عامة العقارات والمنقولات التي للدولة ، أو للأشخاص الاعتبارية العامة ، والتي تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو مرسوم أو قرار من الوزير المختص ٠

٢ – وهذه الأموال لا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم " ٠

غيـــر أن هـــذه الأمـــوال العامة قد ترجع أموالا خاصة ، فتصبح قابلة للـــتعامل إذا انـــتهى تخصيصها للمنفعة العامة ، ويكون ذلك بمقتضى قانون أو مرسوم أو بالفعل أو بانتهاء الغرض الذي من أجله خصصت تلك الأموال للمنفعة العامـــة .

ثانيهما : أشياء تخرج عن دائرة التعامل لاعتبارات تتعلق بالنظام العام ، أو الآداب كالمخدرات ، والصور والأفلام والجنسية ، وإن كان ذلك لا يمنع من إجـــازة الـــتعامل فـــي هذه الأشياء – استثناء – لتحقيق غرض معين كاستخدام المخدرات في الأغراض الطبية .

المطلب الرابع
الأشياء القابلة للاستهلاك
وغير القابلة للاستهلاك

****

١٤٧ – تقسيم وتعريف :

تنقسم الأشياء من حيث مدى قابليتها للاستعمال المتكرر إلى أشياء قابلة للاستهلاك ، وأشياء غير قابلة للاستهلاك [(١)] .

ويقصد بالأشياء القابلة للاستهلاك : تلك الأشياء التي لا ينتفع بها إلا باستهلاكها ، وقد نصت على ذلك المادة ٨١ / ١ مدني بقولها : " الأشياء القابلة للاستهلاك هي التي ينحصر استعمالها بحسب ما أعدت له في استهلاكها أو أنفاقها " .

والاستهلاك قد يكون ماديا أو قانونيا .

والأول : يكون بالقضاء على مادة الشيء كأكل الطعام ، أو بتغيير صورته كتحويل المنسوجات إلى ملابس .

والثاني : يكون بالتصرف في الشيء إلى الغير كإنفاق النقود ، وبيع السلع ، وقد ضربت المادة ٨٤ / ٢ مدني مثالا لذلك بقولها : " ويعتبر قابلا للاستهلاك كل ما أعد في المتاجر للبيع " .

وأما الأشياء غير القابلة للاستهلاك : فهي الأشياء التي تقبل الاستعمال

---

(١) انظر في ذلك : د . حسن كيرة – المرجع السابق ص ٧١٨ – ٧٢٠ ، د . شفيق شحاته – المرجع السابق – ف ١٩٥ ، د . عبد الفتاح عبد الباقي – السابق – ف ١٣٩ ، والبدراوي – السابق ف ٤٩٩ ، د . منصور مصطفى منصور – المرجع السابق ف ٢٤٥ ، د . عباس الصراف ، د . جورج حزبون – المرجع السابق ص ١٩١ - ١٩٢ .

المـــتكرر دون أن تستهلك بمجرد استعمال واحد لها حتى ولو ترتب على تكرار اســـتعماله نقـــص فـــي متانتها ، أو هلاكها أو بخس قيمتها كالمنازل ، والكتب السيارات ، والمفروشات ٠٠٠٠ الخ ٠

وأساس التفرقة بين هذين النوعين من الأشياء ، يرجع إلى طبيعة الشيء ذاته ، غير أن إرادة ذوي الشأن يمكن أن تجعل من الشيء القابل للاستهلاك شيئا غير قابل لـــه ، والعكس صحيح أيضا ، فالنقود والثمار ، إذا كانت طبيعتها قابلة للاســـتهلاك - بإنفاقهـــا أو بأكـــلها فإنها تصبح غير قابلة للاستهلاك إذا أعدت لـــلغرض فـــي معرض معين مدة معينة ، وكذلك الكتب من الأشياء غير القابلة للاســـتهلاك إذا أعـــدت للاستعمال الشخصي ، ولكنها تكون قابلة للاستهلاك إذا أعدت للبيع ٠

١٤٨ - أهمية التفرقة بين الأشياء القابلة وغير القابلة للاستهلاك :

تظهـــر أهميـــة التفرقة بين الأشياء القابلة وغير القابلة للاستهـــلاك فيما يلي (١) :

أ - هـــناك بعض العقود التي تترتب عليها حقوق لا يمكن أن تكون إلا على أشياء غير قابلة للاستهلاك وهي العقود التي تلزم أحد المتعاقدين برد الشيء الـــذي تسلمه بعد استعماله المدة المعينة باتفاق المتعاقد كالإيجار والعارية ، إذ لا يمكن أن يردا على أشياء تهلك بمجرد الاستعمال ٠

ب - هناك بعض الحقوق العينية لا يمكن أن تترتب إلا على أشياء غير قابلة للاستهلاك ، كحق الانتفاع ، وحق السكنى ، وحق الارتفاق ٠

---

(١) راجـــع فـــي ذلك : د ٠ عبد الودود يحيى - المرجع الساق ص ٣٣١ ، د ٠ نعمان جمعـــة - المرجع السابق ص ٥٤٤ ، د ٠ عبد الرازق حسن فرج - المرجع السابق ص ٨٢ ، د ٠ عـــبد الناصـــر العطـــار - المرجع السابق ص ٤١٦ ، د ٠ شكري سرور - المرجع السابق ص ٢٧١ ، د ٠ فتحى عبد الرحيم - نظرية الحـــــــق ص ٢٢٩ ٠

المطلب الخامس
الأشياء العامة والأشياء الخاصة

****

١٤٩ – تعريــف :

تنقســم الأشــياء من حيث تخصيص منفعتها إلى أشياء عامة ، وأشياء خاصـــــة .

والأشياء العامة : هي التي لا يجوز لأحد أن يستأثر بمنفعتها [١] على ســبيل الانفــراد ، لأن منفعتها مخصصة لجميع أفراد الأمة كالشوارع ودواوين الحكومة .... الخ .

أمـــا الأشياء الخاصة : أو المخصصة للمنفعة الخاصة : فهي الأشياء الــتي يتمــلكها أو يجــوز أن يتملكها الأشخاص ، وبالتالي يستأثر بمنفعتها من رصدت لخدمته كالنقود والأشياء الخاصة المملوكة للأفراد أو للشركات الخاصة أو حتى للدولة باعتبارها فردا من أفراد القانون الخاص .

والشـــيء – بوجه عام – يعتبر عاما ومخصصا لمنفعة عامة إذا توافر شرطـــان [٢] :

أ – إذا كان الشيء مملوكا للدولة أو لأحد الأشخاص الاعتبارية العامة .

ب – أن يكون الشيء مخصصا لمنفعة عامة ، وسواء أكان الشيء عقارا كالشوارع ، والسكك الحديدية ، والأنهار والترع ، والمباني المخصصة لدواوين

---

(١) د . عبد الودود يحيى – المرجع السابق ص ٣٣٣ ، وانظر في هذا الموضوع : د . عــبد الناصــر العطار – المرجع السابق ص ٤٠١ ، د . لاشين الغياتي – المرجع السابق ص ١٢٨ ، د . فتحي عبد الرحيم – المرجع السابق ص ٢٠٤ وما بعدها ، د . مصطفى عدوي – المرجع السابق ص ٣٣٥ وما بعدها .

(٢) انظر نص المادتين : ٨٧ ، ٨٨ من التقنين المدني المصري .

الحكومـــة والمـــدارس والمستشـــفيات التي تتولاها الدولة ، **أم منقولا** : كالكتب الموجـــودة فـــي مكتبات الهيئات التابعة للدولة والآثار الموجودة في المتاحف ، وسيارات الدولة ٠٠٠٠ الخ ٠

والشيء يكون خاصا – أو مخصصا لمنفعة خاصة – فيما عدا ما ذكر ٠٠

وتخصيـص الشيء للمنفعة العامة يكون بمقتضى قانون أو مرسوم ، أو بـــالفعل كما لو أقامت الدولة مبنى حكوميا على أرض مملوكة لها ؛ ويجب عدم الخـــلط بين هذه الأشياء العامة ، والأشياء التي تكون مملوكة للدولة لا باعتبارها صـــاحبة ســـيادة وسلطان ، بل باعتبارها فردا من أفراد القانون الخاص ، فهذه تدخل في دائرة الأشياء الخاصة ٠

١٥٠ – أهمية التفرقة بين الأشياء الخاصة والأشياء العامة :

تظهر أهمية التفرقة بين الأشياء الخاصة والأشياء العامة فيما يلي :

أ – **الأشـــياء الخاصـــة** تســـرى عليها أحكام الملكية الخاصة ، فيجوز لصـــاحبها أن يتصرف فيها بكل أنواع التصرفات القانونية ، كما يجوز للغير أن يتملكها بالتقادم إذا توافرت شروطه ، ويجوز الحجز عليها ٠٠٠٠ الخ ٠

أمـــا **الأشـــياء العامـــة** : فلا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها ، أو تملكها بالتقادم ، ولكن يمكن تحويلها من مال عام إلى مال خاص بمقتضى قانون أو مرسوم أو بمقتضى قرار من الوزير المختص ، أو بالفعل أو بانتهاء الغرض الذي من أجله خصصت تلك الأموال للمنفعة العامة [1] ، وإذا زالت عن الأموال العامـــة صـــفتها ، وأصبحت أموالا خاصة فإنه يجوز التصرف فيها ، والحجز عليها ، وتملكها بالتقادم ٠

---

(١) م ٨٨ / ١ مدني مصري ٠

المبحث الثاني
الأعمـــــــــال

****

١٥١ – المقصود بالعمل كمحل للحق :

الأعمال هي محل الحقوق الشخصية ، والعمل هو: أي نشاط إرادي يبذله الشخص سواء بجسده أم بعقله [(١)] .

وقــد ســبق أن ذكرنا في بداية هذا المؤلف أن محل الحق الشخصي هو دائمــا عمــل يقوم به المدين ، بخلاف الحق العيني الذي يرد على شيء معين ويســتوي في العمل – بوصفه محلا للحق الشخصي أو حق الدائنية – أن يكون عملا إيجابيا كبناء منزل تعهد مقاول بإقامته ، كما قد تكون عملا سلبيا كالامتناع عــن البناء في مكان معين ، وقد يكون الالتزام بعمل متمثلا في إعطاء شيء أو نقل حق عيني كالتعهد بنقل ملكية شيء معين [(٢)] .

ولكن يجب أن تتوافر في العمل – محل الحق الشخصي – شروط ثلاثة هــي الإمكان والتعيين والمشروعية ، وهي الشروط التي نتناولها بالتفصيل في البند التالي :

١٥٢ – شروط العمل محل الحق الشخصي :

أ – أن يكون العمل محل الحق الشخصي ممكنا : بمعنى أن يكون غير

---

(١) د ٠ عــبد الــودود يحيى – المرجع السابق – ص ٣٢٤ ، وانظر : د ٠ فتحي عبد الرحيم – المرجع السابق ص ٢٣١ ، د ٠ نعمان جمعة – المرجع السابق ص ٥٢٩ ، د ٠ محمد شكري سرور – المرجع السابق ص ٧٤ ٠

(٢) ويلاحــظ أن العمل محل الحق الشخصي : قد يكون عملا ماديا كصنع تمثال ، وقد يكون عملا قانونيا كقيام الوكيل بعمل قانوني لحساب الموكل ٠

(راجع في ذلك : د ٠ عبد الرازق حسن فرج – المرجع السابق – ص ٧٧) ٠

مســتحيل فــي ذاتــه استحالة مطلقة [١] ، وهذه الاستحالة تكون بالنسبة لجميع الأشخاص ، لأن هذه الاستحالة تجعل المحل معدوما ، ومثالها ما إذا تعهد طبيب بعــلاج مريض ، يتبين أنه مات بالفعل قبل هذا التعهد ، أو أن يتعهد محام برفع الاستئناف عن حكم انقضى ميعاد الاستئناف بالنسبة له .

أمــا الاستحالة النسبية : فهي التي تقوم بالنسبة لبعض الأشخاص دون البعض الآخر ، وهي بهذا المعنى لا تمنع من قيام الالتزام ، ومثالها : من يتعهد برســم لوحــة يكون مستحيلا عليه رسمها ، إلا أن غيره لا يستحيل عليه ذلك ، فيعتــبر معهــا العمل ممكنا لأنه غير مستحيل في ذاته ، ويكون للدائن الحق في اقتضــاء الوفــاء بــه ، وإلا يكــون المدين الملتزم مسئولا عن التعويض لعدم استطاعته القيام بالعمل الذي التزم به .

وإذا " كــان محل الحق هو نقل حق عيني ، كما يحدث في عقد البيع ، فإن الشيء الذي يرد عليه الحق العيني يجب أن يكون موجودا أو قابلا للوجود ، وإلا فــإن الحق لن ينشأ ، كما لو تعهد شخص بنقل ملكية سفينة كانت قد غرقت قبل العقد ، ويكفي أن يكون الشيء محل الحق العيني قابلا للوجود ، كما لو باع الــتاجر كميــة مما سينتجه مصنعه ، هذا الاتفاق يعتبر صحيحا ، لأن المنتجات يمكن وجودها في المستقبل [٢] .

ب – أن يكون المحل معينا أو قابلا للتعيين : فالتعهد بإقامة بناء : يجب فيــه تعيــن مواصفاته ، أو على الأقل ، استخلاص ذلك من ظروف التعاقد ، وملابساته ، كالهدف من البناء وسعته وشكله .... الخ .

---

(١) المادة : ١٣٢ مدني مصري .

(٢) د . عبد الودود يحيى – المرجع السابق ص ٣٢٥ .

وإذا كان مضمون العمل إعطاء شيء فإنه يجب أن يتحدد بذاتيته إذا كان الشــيء قيميا [١] ، أما إذا كان مثليا فيكفي تحديده بنوعه ومقداره [٢] ، وإن كان ليس من اللازم تحديد درجة جودته ، إذا أن المتعاقدين في هذه الحالة قد قبلا أن يكون الشيء من صنف متوسط ٠

جـ- أن يكون العمل محل الحق الشخصي مشروعا :

ويعتبر العمل مشروعا إذا لم يكن مخالفا للنظام العام والآداب أو القواعد القانونية الآمرة [٣] ٠

ويعتــبر الفعل مخالفا للنظام العام إذا كان يتعارض مع مصلحة الجماعة كالتعهد بارتكاب جريمة معينة ، وتوريد كمية من المخدرات [٤] ٠

ويعتــبر الفعل مخالفا للآداب العامة إذا كان منافيا للقواعد الخلقية والقيم الســائدة فــي المجــتمع كالــتعهد بدفع مبلغ من المال إلى امرأة مقابل إنشاء أو استمرار علاقة جنسية غير مشروعة ٠

---

(١) وذلــك عــلى الــنحو الــذي يميزه عن غيره بأن يعين مثلا موقع الأرض المبيعة ومساحتها وحدودها ٠

(٢) ويلاحــظ أنه يكفي أن يكون المحل معينا بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره (م ١٣٣ / ٣ مدني) ٠

(٣) المادة ١٣٥ / مدني مصري ٠

(٤) انظــر في ذلك : د ٠ نعمان جمعة – المرجع السابق ص ٥٣٠ ، د ٠ حسن كيرة – المرجع السابق ص ٧٢٣ ، د ٠ محمد شكري سرور – المرجع السابق ص ٢٧٥ ، د ٠ عــبد الناصر العطار – المرجع السابق ص ٤١٨ ، د ٠ فتحي عبد الرحيــم المرجع السابق ص ٢٣٤ ٠

الباب الثالث
مصادر الحق

****

١٥٣ - تمهيد :

يقصد بمصدر الحق ذلك الأمر الذي يتولد عنه الحق [(١)] .

وهذا الأمر لا يوجد الحق بدونه ، وبوجوده ينشأ الحق لمصلحة صاحبه، والقانون حين ينظم علاقات الأفراد في المجتمع يمنح بعض الأفراد سلطات معينة هي الحقوق ، ومعنى ذلك أن القانون هو المصدر الأول للحقوق [(٢)] ، إلا أن هذا لا يعني أن الحقوق تنشأ للأفراد بقوة القانون ، بل إن القانون يجعل نشوء الحق موقوفا على توافر شروط معينة تؤدي إلى اكتسابه ، وتوافر هذه الشروط هو المصدر المباشر لهذا الحق ، أما القانون فهو المصدر غير المباشر للحقوق ، فمثلا إذا اشترى شخص شيئا من مالكه فإنه يكتسب ملكية هذا الشيء ، وفي هذا

---

(١) د . نعمان جمعه - المصدر السابق ص ٥٤٧ .

(٢) انظر في هذا الموضوع : د . عبد الرزاق السنهوري - التصرف القانوني والواقعة القانونية - دروس لقسم الدكتوراه : ١٩٥٣ - ١٩٥٤ ، والوسيط جـ ١ ص ١٢٩ - ١٣٤ ، د . حسن كيره - المرجع السابق ص ٧٢٥ وما بعدها ، د . عبد الرازق حسن فرج - المرجع السابق ص ١٠١ وما بعدها ، د . إسماعيل غانم - المرجع السابق ص ١٣٣ وما بعدها ، د . عبد المنعم البدراوي - المصدر السابق ف ٥٢٧ د . عبد الفتاح عبد الباقي ف ١٧٦ ، د . عبد الناصر العطار - المرجع السابق ص ٤١٧ وما بعدها ، د . محمد لبيت شنب - دروس في نظرية الحق ط ١٩٧٧ ص ٢٢٥ ، د . حسام الدين الأهواني - مقدمة القانون - نظرية الحق ط ١٩٧٢ ص ٣٦٥ وما بعدها ، د . عبد الودود يحيى - المرجع السابق ص ٣٢٧ ، د . مصطفى عدوي - المرجع السابق ص ٣٠٤ وما بعدها ، وانظر في فقه القانون الفرنسي مازو - جـ ١ ف ٥٨ ، وشيفا لييه - السابق ص ٢٧ .

المـثال يكـون عقـد البيع هو المصدر المباشر لحق الملكية ، أما القانون فهو المصدر غير المباشر .

ترتيـبا عـلى مـا تقدم فإننا سنعرض في هذا الباب للمصادر المباشرة لـلحقوق فقـط وهي الوقائع القانونية في فصل أول ، ثم التصرفات القانونية في فصـل ثـان إن شاء الله تعالى ، أما القانون كمصدر غير مباشر للحقوق فمحل دراسته ليس هنا .

الفصل الأول
الواقعـــة القانونيـــــة

Fait furidique

****

١٥٤ – تعريف الواقعة القانونية :

الواقعة القانونية هي : أمر يحدث فيرتب عليه القانون أثرا معينا ، وهذا الأثـر قـد يكـون نشوء حق أو انقضاء حق [١] قائم ، أو نقل حق من شخص لآخـر [٢] .

وعلـى ذلـك تكون الواقعة القانونية مصدرا للحق ، كما تكون سببا في انقضائه .

١٥٥ – تقسيم الوقائع القانونية :

الوقـائع القانونيـة تحدث إما بفعل الطبيعة ، وإما بفعل الإنسان ومن ثم فهى تنقسم إلى وقائع طبيعية ووقائع من فعل الإنسان ، وسنعالج كلا من هذين النوعين في مبحث مستقل .

المبحث الأول
الوقائـع الطبيعيـة

****

١٥٤ – التعريف بالوقائع الطبيعية :

الوقـائع الطبيعية هي الأمور التي تحدث بفعل الطبيعة وحدها ، دون أن

---

(١) كالحوالة التي يترتب عليها تعديل في العلاقة التي كانت تربط الدائن بالمدين ، ليحل دائن جديد – المحال له – محل الدائن القديم (المحيل) في علاقته بالمدين (حوالة الحق) .

يكـــون للإنسان أي دخل في حدوثها [١] ، وهذا النوع من الوقائع يشمل الظواهر الطـــبيعية ، كمـــرور الـــزمن ، حيث يترتب عليه حلول أجل الدين ، كما يشمل الحـــوادث المفاجئة ، كفيضان النهر ، أو حدوث بركان أو زلزال ، إذ قد يرتب عليه القانون إعفاء المدين من التزامه لاستحالة الوفاء .

كمـــا يشـــمل هذا النوع من الوقائع الطبيعية ما هو من فعل الحيوان أو النـــبات أو الجمـــاد ، كالجوار الذي ينشئ حقوقا والتزامات بين ملاك العقارات المتجاورة ، ونتاج المواشي قد ينشئ حقوقا لمالكها أو لراعيها ، ونضج الثمار قد يترتب عليه انتهاء عقد الإيجار أو استحقاق الأجرة [٢] .

كمـــا يلحق بالوقائع الطبيعية : الوقائع التي تتصل لفعل الإنسان دون أن يكون له دخل في وقوعها كالموت الذي يرتب عليه القانون نشوء حق الورثة في الميـــراث ، وكالميلاد الذي تبدأ به الشخصية القانونية والقرابة التي يرتب عليها القانون حقوقا مختلفة كالنفقة .

---

(١) د . محمـــد شكري سرور - المرجع السابق ص ١١١ ، د . فتحي عبد الرحيم - المرجع السابق ص ٢٤١ وما بعدها ، د . نعمان جمعة - المرجع السابق ص ٥٦٤ وما بعدها ، د . منصور مصطفى منصور - المدخل للعلوم القانونية ط ١٩٧٠ ص ١٥٤ ومـــا بعدها ، د . لبيب شنب - السابق ص ٢٣٢ ، د . عبد المنعم الصدة - أصول القانون ط ١٩٦٥م ص ٥٣٥ ، د . حسام الأهواني - المرجع السابـــــق ص ٣٦٣ .

(٢) د . عـــبد الـــودود يحيى - المرجع السابق ص ٣٢٩ ، د . حسن كيرة - المرجع السابق ص ٧٣١ - ٧٣٤ ، د . محمد شكري سرور - المرجع السابق ص ١١٢ ، د . عـــبد الرازق فرج - المرجع السابق ص ١٠٢ ، د . نعمان جمعة - المرجع السابق - الموضع السابق .

١٥٧ - الأثر القانوني للوقائع الطبيعية :

إذا كانت الوقائع الطبيعية تحدث دون تدخل من الإنسان - كما سبق - فكثيرا ما يتغاضى عنها ، وينسب الأثر الذي يترتب عليها إلى القانون مباشرة ، فيقال أن القانون هو مصدر هذه الحقوق ؛ تأسيسا - في رأينا - على أن القانون هو الذي يعترف وينظم هذا الأثر ، وفعل الطبيعة دون تنظيم واعتراف القانون به لا قيمة له ، وهذا ما يفهم من نص المادة ١٩٨ مدني مصري التي تنص على أن " الالتزامات التي تنشأ مباشرة عن القانون وحده تسري عليها النصوص القانونية التي أنشأتها " .

المبحث الثاني
الوقائـــع الاختياريـــة

****

١٥٨ – التعريف بالوقائع الاختيارية :

النوع الثاني من الوقائع القانونية هو : الوقائع الاختيارية : وهي الوقائع المادية التي تحدث بفعل الإنسان واختياره ويرتب القانون على وجودها المادي أثرا قانونيا معينا • وسواء صدر عن الإنسان بإرادته أم بغير إرادته (١) ، ومن أمثلتها : الفعل الضار الذي يمثل خطأ من جانب فاعله يتولد عنه للمضرور حقا قبله في التعويض ، والبناء في أرض الغير ، يجعل مالك الأرض متملكا للأرض بالالتصاق • وهكذا •

١٥٩ – أقسام الوقائع الاختيارية :

تنقسم الوقائع الاختيارية إلى أعمال مادية وأعمال قانونية •

أولا – الأعمـــال المادية : هي الأعمال التي تصدر من الشخص فيرتب عليها القانون أثرا معينا بصرف النظر عن إرادة صاحبها ، فسواء كان الشخص يقصد هذا الأثر أم لم يقصد ، فإن القانون هو الذي يحدد الأثر الذي يترتب على هذه الأعمال •

ومـــن هـــذه الأعمـــال المادية ما يقع من الشخص دون أن يقصد آثاره القانونية كالفعل الضار ، فمن يتلف مال الغير عمدا أو إهمالا يلتزم بتعويض من وقع عليه الضرر مع أنه لم يقصد هذا الأثر عند ارتكابه الفعل الضار •

---

(١) د • شكري سرور – المرجع السابق ص ١١٣ ، د • منصور مصطفى منصور – المـرجع الســابق ص ١٥٤ ، د • حسن كيرة – المرجع السابق ص ٧٣٢ ، د • مصطفى عدوي – المرجع السابق ص ٣٠٠ وما بعدها ، د • لبيب شنب – المرجع السابق ص ٢٣٣ •

كما تشمل الأعمال المادية : الفعل النافع الذي يقوم به الشخص فيثرى به الغيـر عـلى حسابه دون سبب ؛ كإصلاح حائط الجار الآيل للسقوط ، ويترتب عـليه إلزام الجار برد ما أنفقه من قام بهذا العمل ، وهو أثر قانوني يقصده من أصلح حائط الجار ، ولكن هذا القصد وحده لم يكن يرتب أثراً لولا اقترانه بالفعل المادي وهو واقعة البناء .

ثانيا – الأعمال القانونية (التصرف القانوني) :

العمـل القانوني هو عبارة عن اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني معين هـو إنشاء حق أو نقله أو تعديله أو إنهائه ، ففي عقد البيع تتجه إرادة البائع إلى نقـل ملكية المبيع للمشتري وكسب الحق في الثمن ، ويلتزم المشتري بدفع الثمن وكسـب الحـق في ملكية المبيع ، وهذه الآثار تحدث نتيجة اتجاه إرادتي البائع والمشـتري [1] ، وهكذا الشأن في عقود الإيجار ، والوكالة ، والوصية والحوالة ... الـخ . حيـث نجد أن هذه الأعمال أو التصرفات القانونية تتميز عن بقية الوقـائع القانونية بأن الأثر الذي يترتب عليها إنما يقع لأن الإرادة اتجهت إليه ، فالتصـرف القـانوني يـتميز عن الواقعة الطبيعية والعمل المادي اللذين تترتب آثارهما بقوة القانون ، ويستوي في هذا التصرف أن تكون الإرادة قد اتجهت إلى أحداثه أم لا .

---

(١) د . عبد الرازق حسن فرج – المرجع السابق ص ١٠٠ ، د . عبد الودود يحيى – المـرجع السابق ص ٣٣٠ ، د . منصور مصطفى منصور – المرجع السابـق ص ٢٢٥ ، د . عبد المنعم الصدة – المرجع السابق – ص ٥٣٥ ، د . حسام الدين الأهوانـي – المرجع السابق ص ٣٦٣ ، د . فتحي عبد الرحيم – المرجع السابـق ص ٢٤٥ .

ونتـنـتهي فيما سبق إلى القول بأن : مصادر الحق لا تخرج عـــن أن تكـون واقعـــة قانونيـــة أو تصرفا قانونيا ، والوقائع القانونية يدخل تحتها ثلاثة مصـــادر للالـــتزام وهي : الفعل الضار ، والإثراء بلا سبب (الفعل النافع) ، والوقـــائع الأخرى التي يتولى القانون تحديدها ، وفي هذه الحالة يقال أن القانون هو المصدر المباشر للالتـــزام ، ويدخل تحت التصرفات القانونية : العقد الإرادة المنفردة ٠

١٦٠ - أهمية التفرقة بين التصرف القانوني والواقعة القانونية :

تظهر أهمية التفرقة بين التصرف القانوني والواقعة القانونية فيما يلي :

أ - **الوقـــائع القانونيـــة (طبيعية واختيارية)** يجوز إثباتها بكل طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن ، أما التصرفات القانونية فإن قيمة التصـــــرف إذا زادت عـــن ٥٠٠ خمســـمائة جنيه مصري فلا يمكن إثباتها بالبينـــــــة أو القـــرائن القضائية ، وإنما يجب إثباتها بالكتابة ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك ٠

ب - **الوقائع القانونية** تترتب آثارها بتدخل من المشرع الوضعي ، أما التصـــرفات القانونيـــة فتختـــلف عـــنها في أن آثارها تتحدد بإرادة المتعاقدين ، والتصـــرفات القانونية هي الشق الثاني من الوقائع الاختيارية وهي ما سنتحدث عنها تفصيلا في الفصل التالي ٠

الفصل الثاني
التصـــرف القانونـــي

****

المبحث الأول
ماهية التصرف القانوني وأنواعه

****

١٦١ - ماهية التصرف القانوني :

التصرف القانوني هو اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني معين ، سواء كان هذا الأثر هو إنشاء حق كالهبة أم نقله كالحوالة ، أم تعديله كالتجديد أم إنهائه كالإبـــراء مـــن الدين ، والأثر الذي يترتب في هذه الحالة ، إنما يترتب بسلطان الإرادة ، وهذا هو ما يفرق التصرف القانوني عن الفعل المادي .

ويجب أن يفهم أن التعريف السابق للتصرف القانوني يستلزم الربط بين وقوع الأثر (إنشاء الحق مثلا) وبين السعي الإرادي إليه ، بحيث إذا لم يتوافر هذا السعي الإرادي ، وبحيث إذا لم يكن هذا السعي قد تم بقصد إحداث هذا الأثر فـــإن هذا الأثر لا يقع ، فالتصرف القانوني معناه : أن يريد الشخص فعلا معينا وأن يـــريد تحقيـــق النـــتيجة التي يرتبها القانون على هذا الفعل (١) ، فحين يبيع

---

(١) د . أحمد سلامة – المرجع السابق – نظرية الحق ص ٢٩١ وما بعدها ، د . محمد شكري سرور – المرجع السابق ص ١١٩ ، د . حسن كيرة – المرجع السابق ص ٧٣٨ ، د . عـــبد الرازق فرج – المرجع السابق ص ١٠٤ ، د . إسماعيل غانم – المرجع السابق ص ١٤٠ – ١٤١ ، د . أنور سلطان – المرجع السابق ص ١٩٨ ، د . عبد المنعم البدراوي – المرجع السابق ص ٤٨٧ ، د . نعمان جمعة – المرجع السابق ص ٥٥١ ، د . مصطفى عدوي – المرجع السابق ص ٣٠٠ وما بعدها ، د . محمـــد على عمران – مبادئ العلوم القانونية ط ١٩٨٠ ص ٢٨٨ ، د . منصور مصطفى منصور – المرجع السابق ص ٢٦٧ .

الشـــخص ســـيارته فإنه يسلك مسلكا إراديا (وقوع البيع) ويقصد ترتيب الآثار القانونيـــة التي يربط القانون بينها وبين إتيان هذا المسلك (إخراج ملكية السيارة من ذمة البائع وقبض الثمن) ٠

١٦٣ - أنواع التصرف القانوني :

تنقسم التصرفات القانونية من حيث تكوينها [١] إلى نوعين :

أ - تصـــرفات تصدر من جانب واحد - أو بإرادة منفردة ، كالوصية ، والوقـــف والوعد بجائزة ، وإجازة العقد القابل للإبطال ، فهذه كلها تصرفات تتم بـــإرادة واحـــدة وهي إرادة الموصي ، أو الواقف ، أو الواعد ، أو صاحب حق الإجازة ٠

ب - تصرفات تصدر من الجانبين ، فلا يتم تكوين التصرف إلا باتفاق إرادتيـــن وهذه هي معظم العقود كعقد البيع والإجارة والقرض ٠٠٠٠ الخ فالعقد هو توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين ٠

---

(١) سبق أن ذكرنا أن التصرف القانوني إذا نظر إليه من حيث الأثر الذي يعود به على صـــاحبه قـــد يكـــون نافعا نفعا محضا ، أو ضارا ضررا محضا أو دائرا بين النفع والضـــرر ، ويـــتفرع عن ذلك تقسيم التصرف إلى تصرف بعوض كالبيع وتصرف عـــلى سبيل التبرع كالهبة ، وينقسم بالنظر إلى وقت نفاذه وترتيب آثاره إلى تصرف فيما بين الأحياء ، وتصرف مضاف لما بعد الموت كالوصية ٠

انظر في ذلك تفصيلا : د ٠ حسن كيرة - المرجع السابق ص ٧٤٠ ٠

المبحث الثاني
تقسيمات التصرف القانوني

****

١٦٣ – تمهيد :

سواء كان التصرف القانوني عقدا أو إرادة منفردة ، فإنه ينقسم إلى عدة تقسيمات تبعا للوصف الذي يلحق به ، ونعرض بإيجاز في هذا المبحث لأهم هذه التقسيمات .

١٦٤ – أولا : التصرفات الناقلة والكاشفة والمنشئة [١] :

ينقسم التصرف القانوني من جيث أثره في الحقوق إلى تصرف إنشائي ، وتصرف ناقل ، وتصرف كاشف أو مقرر .

فالتصرف المنشئ : L'acte constitutf : هو الذي ينشئ الحق ابتداء أي يكسب الشخص حقا لم يكن موجودا من قبل ، ففي عقد البيع ينشئ العقد حقا للبائع في الثمن ، وينقل للمشتري حقا في نقل ملكية المبيع إليه .

والتصرف الناقل : L'acte translatif هو الذي ينقل حقا كان موجودا من قبل إلى شخص آخر ، فالبيع مثلا ينقل ملكية الشيء من البائع إلى المشتري [٢] .

---

(١) انظر : د . عبد المنعم البدراوي – المرجع السابق ص ، د . عبد المنعم الصدة – المرجع السابق ص ٥٤١ ، د . إسماعيل غانم – المرجع السابق ص ١٤٠ ، د . منصور مصطفى منصور – المرجع السابق ص ٢٦٧ ، د . أحمد سلامة – المرجع السابق ص ٢٩٩ ، د . عبد الرازق فرج – المرجع السابق ص ١٠٥ .

(٢) انظر : د . أحمد سلامة – السابق – الموضع السابق ، د . حسن كيرة – المرجع السابق ص ٧٤٤ .

والتصـــرف الكاشــف أو المقرر : L' acte déclaratif ويسميه بعض الفقهاء التصرف الإخباري ، فهو الذي يكشف عن حق قائم بحالته التي هو عليها ، وقـــد يكـــون الهدف من القيام بالتصرف الكاشف هو الاعتراف بالحق القديم ، ويســـمى التصرف حينئذ بالتصرف الإقراري ، كمن يقر بدين عليه لآخر ، وقد يكـــون الهدف من القيام بالتصرف الكاشف هو تقوية الحق كما هو الحال بالنسبة للصلح .

وتـــبدو أهمية التفرقة بين التصرفات الإنشائية والمقررة في عدة مسائل مـــنها " أن تسجيل التصرفات الإنشائية الواردة على حقوق عينية أصلية عقارية واجب الاحتجاج بها فيما بين المتعاقدين وبالنسبة للغير (١) .

أمـــا تســـجيل التصـــرفات الكاشفة فهو واجب الاحتجاج به على الغير فحســـــب (٢) ، كمـــا أن التصـــرفات الكاشفة لا تصلح سببا صحيحا لاكتساب الحقوق العينية بالتقادم القصير .

١٦٥ – ثانيا – التصرف بعوض وبدون عوض :

ينقســـم التصرف القانوني إلى تصرف بعوض وتصرف بدون عوض – أي عـــلى ســـبيل التبرع ، ففي الأول يأخذ المتصرف مقابلا لما يعطي ، أما في الثاني فلا يأخذ مقابلا لما أعطى .

١٦٦ – أعمال الحفظ وأعمال التصرف وأعمال الإدارة :

يقـــوم هـــذا التقســـيم على أساس النظر إلى مدى المساس بالذمة المالية للشخـــــص :

---

(١) د . عـــبد الرازق فرج – المرجع السابق ص ١٠٦ . وانظر م ٩ ، ١٠ من قانون الشهر العقاري .

(٢) د . حسن كيرة – المرجع السابق ص ٧٤٦ .

أ - فعمل الحفظ : هـو الذي يراد به حماية مال الشخص أو مجموع أموالـه ، ومـثال ذلـك قيد الرهن ، وقطع التقادم المسقط للحق ، ونظرا للصفة العاجـلة والضرورية لمثل هذا التصرف ، فإن المشرع يتوسع في القيام به ، بل وقد يفرضه ، فيجوز لناقص الأهلية أن يقوم به لحماية أمواله ، ويجب على من يرعى أموال غيره - كالنائب - القيام به .

ب - وأما عمل التصرف : فهو يعدل مركز الشخص المالي بصفة نهائية لا رجعـة فيهـا ، أو يعـرض هذا المركز لمثل هذا التعديل ، كالبيع وإنشاء الرهـن .

جـ- وأما عمل الإدارة : فيقع في مرحلة وسطى بين عمل الحفظ وعمل التصرف ؛ وترتيبا على ما تقوم فإن التمييز بين عمل الحفظ وعمل الإدارة يبدو غير واضح ، وهو أمر حسن أن يبتعد الفقه عن وضع معيار جامد للتفرقة بينهما والـنظر إلى كل عمل على حده ؛ والاستهداء بخطورته من الناحية الاقتصادية لتقرير ما إذا كان عمل إدارة أو عمل تصرف ، فمثلا تقضي القواعد العامة بأن التأجير من أعمال الإدارة ، لكن إذا طالت مدته- مدة تزيد على ثلاث سنوات[١] ، انقلب إلى عمل تصرف ، والبيع - كقاعدة عامة - يعتبر من أعمال التصرف ، ولكن إذا ورد على منقول بقصد تحاشي تلفه : اعتبر عمل إدارة [٢] وهكذا .

---

(١) المادة : ٥٩٩ مدني مصري ، وانظر : ٧٠١ / ٢ مدني في شأن الوكالة في الإيجار إذا لم تزد مدته على ثلاث سنوات .

(٢) د . أحمـد سـلامة - المرجع السابق ص ٢٠٠ ، د . عبد الرازق فرج - المرجع السابق ص ١٠٧ ، د . إسماعيل غانم - المرجع السابق ص ١٤٥ ، د . عبد المنعم الـبدراوي - المـرجع السابق ص ٤٢٨ ، د . محمد عمران - المرجع السابق - الموضع السابق ، د . أنور سلطان - المرجع السابق - الموضع السابق .

١٦٧ – التصرفات النافعة نفعا محضا : والضارة ضراً محضا والتصرفات الدائرة بين النفع والضرر :

ويقوم هذا التقسيم على أساس النظر إلى المقابل الذي يأخذه الشخص في نظير ما يعطى ، فإن كان يأخذ ولا يعطى كان تصرفه نافعا نفعا محضا ، كقبول الهبة ، وإن كان يعطي ولا يأخذ كان تصرفه ضارا ضررا محضا ، كالإبراء بالنسبة للدائن ، وإن كان يعطي ويأخذ بحيث يحتمل أن تكون النتيجة كسبا أو خسارة كان تصرفه دائرا بين النفع والضرر كالبيع والشراء ، وقد سبق أن تعرضنا لذلك في حينه ، إلا أنه مما تجدر الإشارة إليه أن التفرقة بين هذه التصرفات تبدو ذا أهمية بالنسبة لناقص الأهلية ، فتصرفاته النافعة نفعا محضا صحيحة ،وتصرفاته الضارة ضررا محضا باطلة وتصرفاته الدائرة بين النفع والضرر قابلة للإبطال لمصلحته (١) .

---

(١) انظر د . عبد الرازق فرج – المرجع السابق ص ١٠٦ .

المبحث الثالث
شروط التصرف القانوني

****

١٦٨ - تمهيد :

يشترط في التصرف القانوني لكي يكون صحيحا ومنتجا لأثره أن تتوافر فيـــه شروط الانعقاد (أركان التصرف) وشروط الصحة ؛ وهو ما سنتناوله في المطلبين الآتيين :

المطلب الأول
شروط انعقاد التصرف القانوني (أركانه)

****

١٦٩ - أركان التصرف القانوني - تعداد - :

يشـــترط لقيـــام التصـــرف القانوني توافر أربعة شروط ، وهي أركان التصرف القانوني التي نعالجها فيما يلي :

أ - وجود الإرادة :

الإرادة كـــركن فـــي التصرف القانوني هي اتجاه في النفس لإحداث أثر قـــانوني معين [١] ، وقد سبق أن ذكرنا أن الإرادة الواحدة يمكن أن تكون كافية لإنشاء التصرف القانوني كما في الوصية ، وقد يتطلب التصرف توافق إرادتين كما في البيع والقرض ٠

ويشـــترط فـــي الإرادة الـــتي ينظر إليها القانون على أساس أنها جوهر التصرف القانوني عدة شروط :

أولا : يجب أن يعبر عنها لأن الإرادة مسألة نفسية ولا تنتج أثرها إلا إذا صدر تعبير عنها بأي صورة من الصور ٠

---

(١) د ٠ عبد الودود يحيى - المرجع السابق ص ٣٣٣ ٠

والتعـــبير عن الإرادة قد يكون صريحا كما إذا كان باللفظ أو الكتابة أو الإشـــارة المتداولة عرفا ، وقد يكون ضمنيا إذا كانت ظروف الحال لا تدع شكا في دلالته على المقصود كوقوف سيارة أجرة في الموقف المخصص لذلك ، فإن هذا يعد تعبير عن إرادة قائدها في أنه يريد أن ينقل من يتقدم إليه ٠

ثانيا : يجب أن يكون التعبير عن الإرادة صادرا من شخص ذي أهلية ، والمقصود بالأهلية هنا : أهلية الأداء على التفصيل الذي ذكرناه في حينه ؛

ثالثـــا : يجب أن تتجه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني لكسب حق أو نقله أو إنهائـــه ، فما يصدر من شخص على سبيل المزاح أو المجاملة لا يعتبر إرادة يعتد بهــــا ٠

ب – المحـــــل : يشترط في الحق أو الالتزام أن يكون له محل ، وهذا المحـــل هـــو الذي تنعقد عليه الإرادة ، ويشترط في المحل أن يكون موجودا أو ممكـــنا ، وأن يكون معينا أو قابلا للتعيين ، وأن يكون مشروعا على تفصيل في ذلك ليس هذا مجاله ، وإنما مجاله نظرية الالتزام (١) ٠

جـــــ– السبب : يجب أن يكون للإرادة سبب ، والسبب هو الدافع الذي يحرك الإرادة ويشترط فيه أن يكون موجودا ومشروعا ، أي غير مخالف للنظام العـــام أو لـــلآداب (٢) ، فلو تعهد شخص لآخر بمبلغ من المـــال نظير ارتكاب

(١) انظـــر في المحل وشروطه تفصيلا : كتبانا – نظرية الالتزام – مصادر الالتزام ط ٩٢ – ٩٣ ، وجميع المراجع المشار إليها فيه ٠

(٢) انظر المادة : ١٣٦ مدني التي تنص على أنه " إذا لم يكن للالتزام سبب أو كان سببه مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا " ٠

جريمة ، أو معاشرة امرأة معاشرة غير مشروعة ، كان التصرف باطلا بطلانا مطلقا .

د – الشكلية في بعض التصرفات :

القاعد العامة أن الإرادة وحدها تكفي لإنشاء التصرفات القانونية – وفقا لمبدأ سلطان الإرادة ؛ إلا أن هذا المبدأ ترد عليه بعض الاستثناءات التي تقضي بأنه يجب أن تنصب الإرادة في شكل معين بالنسبة لبعض التصرفات ، كهبة العقار ، أو الرهن الرسمي [١] ، هذا الشكل هو إفراغ هذه التصرفات في محرر رسمي ، ومن ثم يعتبر إفراغ التصرف في هذا الشكل شرطا رابعا بالنسبة لهذه التصرفات .

على أن اشتراط الشكلية هنا لانعقاد التصرف لا يغني عن الإرادة بشروطها كركن مستقل (م ٨٩ مدني) ، كما أن الإرادة إذا كانت تكفي وحدها لإنشاء التصرف فإن التصرف الذي يتطلب توافر الشكلية ، يعتبر تصرفا رضائيا حتى ولو تطلب القانون إجراءات معينة لإثباته أو لنفاذ بعض آثاره [٢] ، وهذا يستلزم أن نفرق بين الشكلية وبين الشهر والإثبات .

١٧٠ – الفرق بين الشكلية والشهر :

الشكلية في التصرفات– كما سبق القول– تعد ركنا لا يكون للتصرف وجود بدونها ، أما الشهر فلا يعتبر شكلا يتطلبه القانون لوجود التصرف القانوني،

---

(١) انظر المادة ١٠٣٠ مدني مصري بالنسبة للرهن الرسمي ، والمادة : ٤٨٨ ، في شأن الهبة .

(٢) راجع فيما سبق د . عبد الودود يحيى – المرجع السابق ص ٣٣٦ ، د . أحمد سلامة – المرجع السابق ص ٢٩٣ ، د . محمد شكري سرور – المرجع السابق ص ١٢٨ ، د . عبد المنعم البدراوي ص ٤٩٢ .

وبيان ذلك أن القانون يقضي أحيانا بتعليق آثار بعض التصرفات القانونية على القيام بإجراء معين من إجراءات التسجيل ، فمثلا إذا ورد البيع على عقار كان من الضروري لكي ينقل هذا البيع الملكية إلى المشتري أن يتم شهر العقد عن طريق التسجيل . فإذا لم يسجل لم تنتقل الملكية ، فإجراء الشهر ليس شرطا لانعقاد العقد ولا ركنا في التصرف القانوني ، إنما هو إجراء قصد به أن يترتب على التصرف أو العقد أثر واحد من آثاره وهو نقل الحق العيني أو زواله أو إنشائه ، فإذا لم يشهر العقد لم يقع هذا الأثر ، مع أن العقد موجود قانونا وملزم للطرفين ومنشئ لكل الالتزامات والحقوق الشخصية التي تترتب عليه [١] . وهذا خلاف الشكلية التي يترتب على تخلفها انعدام التصرف القانوني ولا يترتب عليه أي أثر .

١٧١ - الفرق بين الشكلية والإثبات :

قد يستوجب القانون : الكتابة في إثبات تصرف معين أو انقضائه ، فالكتابة هنا تكون مطلوبة في إثبات التصرف لا انعقاده [٢] ، ذلك أن عدم توافر الكتابة المشترطة للإثبات لا ينفي وجود التصرف الذي انعقد بالإرادة وحدها ، ولهذا يمكن إثباته بإقرار المدعي عليه أو باليمين ، وهذا على خلاف الشكلية التي لا ينشأ التصرف بدونها ، ولا يغني عنها الإقرار " فإذا دون المتعاقدان مثلا الرهن الرسمي في ورقة عرفية . فإن الرهن لا ينشأ ولا ينتج آثاره حتى ولو أقر المتعاقدين بوجوده " [٣] .

---

(١) د . عبد المنعم البدراوي – المرجع السابق ص ٤٩٤ .

(٢) كما إذا زاد مبلغ القرض عن ٥٠٠ جنيه خمسمائة جنيه مصري لا يجوز إثباته إلا بالكتابة .

(٣) د . عبد الودود يحيى – المرجع السابق ص ٣٣٦ ، د . عبد الرازق حسن فرج – المرجع السابق ص ١١٤ ، د . عبد المنعم الصدة – المرجع السابق – الموضع السابق ، د . محمد شكري سرور – المرجع السابق ص ١٣٣ ، د . محمد لبيب شنب – المرجع السابق ص ٢٢٥ ، د . حسام الأهواني – المرجع السابق ص ٣٦٥ . د . عبد الناصر العطار – المرجع السابق ص ٤٢٧ – ٤٢٨ .

المطلب الثاني
شروط صحة التصرف القانوني

****

١٧٢ - تعداد :

إذا توافرت في شروط انعقاد التصرف القانوني السابقة فإنه يصبح موجودا ومنتجا لآثاره ، وحتى لا يكون مهددا بالزوال في المستقبل ينبغي أن يتوافر فيه نوع آخر من الشروط هي شروط صحة التصرف القانوني .

وشروط صحة التصرف القانوني هي: الأهلية وسلامة الرضا (الإرادة) من العيوب ؛ والواقع أن المشرع ذكر هذه الشروط وهو بصدد تنظيمه العقد ، مع أنها تنطبق على كل تصرف سواء أكان عقدا أم تصرفا بإرادة منفردة ، والآن إليك الحديث عن شروط صحة التصرف القانوني .

١٧٣ - الشرط الأول : الأهلية :

يجب أن يكون التصرف القانوني صادرا من شخص كامل الأهلية ، حتى ينتج أثره بصفة نهائية ، فإذا كان من صدر منه التصرف عديم الأهلية (صبي غير مميز - مجنون) فإن إرادته لا يترتب عليها أي أثر وتكون في حكم المعدومة ، وإذا كان ناقص الأهلية (صبي مميز) فإن إرادته تكون موجودة ، ولكنها ناقصة في نظر القانون ، ولهذا يكون تصرفه قابلا للإبطال ، بمعنى أن يكون لناقص الأهلية أو نائبه أن يطلب إبطال التصرف ، وإذا حكم بالإبطال زال كل أثر للتصرف ، ولكن إذا أجاز هذا التصرف من له ولاية على مال القاصر ، أو أجازه المتصرف نفسه بعد زوال سبب نقص أهليته ، فإنه يصبح صحيحا ومنتجا لكل آثاره بصفة نهائية (١) .

---

(١) انظر : د . عبد الرازق فرج - المرجع السابق ص ١١٦ ، د . أحمد سلامة - المرجع السابق ص ٢٩٣ ، د . عبد الودود يحيى - المرجع السابق ص ٣٣٧ ، د . فتحي عبد الرحيم - المرجع السابق ص ٢٠١ ، د . محمد على عمران - المرجع السابق ص ٢٤٤ وما بعدها .

١٧٤ – الشرط الثاني : سلامة الإرادة من العيوب :

يشترط لصحة التصرف القانوني سلامة الإرادة من العيوب ، والعيوب التي تشوب سلامة الإرادة في القانون المصري أربعة هي :

أ – الغلط : وهو وهم يقوم في ذهن الشخص فيجعله يتصور أمرا على غير حقيقته فيقبل على إتمام التصرف بناء على هذا الوهم (١) ، بشرط أن يكون الغلط جوهريا ، وأن يكون الغلط مشتركا بين العاقدين (٢) ، كمن يشتري قماشا على أنه قابل للغسيل ثم تبين أنه ليس كذلك ، فيكون بذلك قد وقع في غلط جوهري أعاب إرادته ويجعل العقد قابلا للإبطال ٠

ب – التدليس : وهو أن يسلك شخصا طرقا احتيالية فيوقع شخصا آخر في غلط يدفعه إلى الرضا ، ففي المثال السابق : لو أن تاجر القماش أوهمه بالقول أو بالفعل أن القماش قابل للغسيل يكون قد دلس عليه ، أما لو تركه ولم يتدخل واعتقد المشتري تلقائيا أن القماش قابل للغسيل ، فيكون قد وقع في غلط ، وتكون إرادته معيبة بالغلط وليس بالتدليس (٣) ٠

جـ- والإكراه : رهبة يتعرض لها أحد المتعاقدين فيتعاقد تحت سلطانها ، ومن ثم فهو نوع من الضغط الذي يدفع الشخص إلى التعاقد (٤) بشرط أن يكون الغرض من الإكراه غير مشروع ، وأن تكون الرهبة التي يولدها الإكراه قائمة على أساس ، كما إذا كانت الظروف قد صورت للمكره أن خطرا

---

(١) المواد من ١٢٠ – ١٢٤ مدني مصري ٠

(٢) بأن يتصل به العاقد الآخر سواء بوقوعه فيه أيضا كالعاقد الأول أو بإمكان علمه بوقوع الأول فيه ٠

(٣) د ٠ أحمد سلامة – المرجع السابق ص ٢٩٣ ٠

(٤) المواد : ١٢٧ ، ١٢٨ مدني مصري ٠

جســيما محدقا يهدده هو أو غيره في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال ، فلو شــهر شخص سلاحا في وجهك وإذا لم توقع سند دين معين سيطلق الرصاص عــليك ، هنا يكون التصرف (التوقيع على سند الدين) قد تم تحت إكراه يجعل الإرادة معيبة ومن ثم يكون قابلا للإبطال ٠

د – **الاستغلال** : وهــو قيام أحد الطرفين باستغلال ما لدى الطرف الآخــر من طيش بين أو هوى جامح دفعه إلى إبرام التعاقد بصورة لا يقوم فيها الــتوازن بين التزامات كل من الطرفين[١]، أو بين التزامات أحدهما وما حصل عليه من مزايا [٢] ، فمثلا إذا لاحظ زوج بأن زوجته مولعة بشخص آخر غيره فاســتغل هذه الرغبة عندها أو هذا الهوى الجامح (رغبتها في غيره والتخلص منه) وعرض عليها الطلاق نظير مبلغ ضخم من المال فقبلت ودفعت ، هنا يقال أن الــزوج قد استغل هوى زوجته الجامح وتكون إرادتها معيبة تجعل تصرفها قابلا للإبطال ٠

(١) المادتان : ١٢٩ ، ١٣٠ مدني مصري ٠

(٢) د ٠ نعمان جمعة – المرجع السابق ص ٥٥٨ ، ٥٥٩ ، د ٠ أحمد سلامة – المرجع السابق ص ٢٥٤ ، د ٠ عبد الودود يحيى – المرجع السابق ص ٣٤٠ ٠

الباب الرابع
استعمال الحق وحمايته وإثباته وانقضاؤه

****

الفصل الأول
استعمـــال الحـــق

****

١٧٥ – حدود استعمال الحق :

سبق أن ذكرنا أن الحق سلطة مقررة لشخص تخوله القيام بأعمال معينة تحقيقا لمصلحة له يحميها القانون ، واستعمال الحق يكون بمباشرة السلطات التي يخولهـــا الحق لصاحبه ، وهذه السلطات يحددها القانون وهو بصدد تنظيمه لكل حـــق على حده ، فالقانون هو الذي يعين حدود الحق ، ولكل شخص أن يستعمل حقـــه فـــي هذه الحدود دون أن يتجاوزها إلى التعدي على حقوق الآخرين وإلا تعرض للجزاء(١) ٠غير أن صاحب الحق قد يلتزم الحدود الموضوعية لحقه ومع ذلك يترتب على استعمال المكنات التي يخولها له هذا الحق ضررا يلحق بالغير ، كمن يحفر في أرض يملكها ، ويترتب على هذا الحفر تصدعا في جدار منزل جـــاره القريب من هذا الحفر ، مما يثير التساؤل عما إذا كان هذا الاستعمال في هذه الحدود حقا يستوجب المسئولية أم لا ؟٠

---

(١) انظـــــــــر : د ٠ عبـــد الودود يحيـــى – المرجع السابـــــق ص ٣٥٦ ، د ٠ عـــبد الناصـــر العطار – المرجع السابق ص ٤٣٦ ، د ٠ مصطفى عدوي – المرجع السابق ص ٤٣٤ وما بعدها ، د ٠ حسن كيرة – المرجع السابق ص ٧٥٤ ، د ٠ نعمان جمعة – المرجع السابق ص ٥١٣ ، د ٠ محمد شكري سرور – المرجع السابق ص ٣٠٩ ٠

كانت الأفكار القديمة ترى أن صاحب الحق له مطلق الحرية في استعمال حقــه طالما كان ذلك في الحدود التي رسمها القانون [١] ولا يسأل الشخص عن أي ضرر يسببه هذا الاستعمال للغير ·

غير أن هذه الأفكار ما لبثت أن تراجعت أمام ظهور المذاهب الاشتراكية التي ترى في الحق وسيلة لتحقيق غاية يحددها المجتمع ، فإذا حاد الشخص عن هــذه الغاية ، فإنه يكون قد أساء استعمال حقه مما يجعل من هذا الاستعمال أمرا غير مشروع ، وهكذا ظهرت في التقنينات الحديثة نظرية " التعسف في استعمال الحق " وهي النظرية التي تعالجها في البند التالي ·

١٧٦ – مبدأ عدم جواز التعسف في استعمال الحق :

يقصــد بالتعســف في استعمال الحق : استعمال الشخص للسلطات التي يخولهـا له الحق استعمالا يضر بالغير ، وفكرة التعسف في استعمال الحق بهذا المعنى ليست حديثة فقد عرفها القانون الروماني ، كما عرفتها الشريعة الإسلامية وصــاغتها صياغة دقيقة تفوق بكثير ما جاء بشأنها في القوانين الوضعية ، لأن الفقــه الإســلامي مشــبع بــروح دينية سامية تنهي عن التعسف وتأمر بالرفق والإحسان ، ووجدت هذه النظرية تربة خصبة في مبادئ الفقه الإسلامي وشملت العديد من الصور لمعالجتها معالجة دقيقة ، كتخلف المصلحة عند صاحب الحق والضــرر العام ، والضرر الخاص ، والضرر الفاحش الناتج عن استعمال الحق ···· الخ ·

وقــد أفــرد المشرع المصري لنظرية التعسف في استعمال الحق المادة الخامســة مــن المجموعــة المدنيــة ، فبعد أن قرر في المادة الرابعة مبدأ عدم

---

(١) انظــر المــادة : ١١ من القانون المدني القديم التي كانت تنص على أن الملكية حق مطلق في الانتفاع بالشيء ·

المسئولية عن الاستعمال المشروع للحق ، ولو ترتب على هذا الاستعمال ضرر يلحق بالغير ، أضاف في المادة الخامسة أن استعمال الحق يكون غير مشروع في الأحوال الآتية :

أ - إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير ٠

ب - إذا كانت المصالح التي يرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها ٠

جـ - إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة ٠

ولا يتسع المقام هنا لبيان الأساس القانوني لفكرة التعسف (١) ، ومن ثم نكتفي بالإشارة إلى أن الرأي الغالب فقها وقضاء يتجه إلى اعتبار هذه الفكرة صورة من صور الخطأ ، ما دام هذا الخطأ لا يعدو أن يكون انحرافا عن سلوك الرجل المعتاد ، ولاشك أن الرجل المعتاد لا يتعسف في استعمال حقه (٢) ٠

١٧٧ - معايير التعسف في استعمال الحق :

يستبين من نص المادة الخامسة من التقنين المدني المصري أن استعمال الحق يكون غير مشروع (التعسف في استعمال الحق) في الحالات الثلاث الآتية :

---

(١) فمجال ذلك تفصيلا في نظرية " المسئولية المدنية " ضمن دراسة مصادر الالتزام ٠

(٢) انظر : د ٠ أحمد شكري سرور - المرجع السابق ص ٣١١ ، د ٠ عبد الفتاح عبد الباقي - المرجع السابق ص ٢٧٧ ، د ٠ أحمد سلامة - المرجع السابق ص ، د ٠ جميل الشرقاوي - نظرية الحق ط ١٩٧٠ ص ٢٨٧ ، د ٠ جمال الدين زكي - دروس في مقدمة الدراسات القانونية ط ١٩٦٤م ص ٣٢٣ ، د ٠ عبد المنعم البدراوي - المرجع السابق ص ٥١٨ ، د ٠ نعمان جمعة - المرجع السابق ص ٥٨٠ وما بعدها ، د ٠ حسن كيرة - المرجع السابق ص ٧٥٨ وما بعدها ٠

الحالة الأولى : إذا لم يقصد من استعمال الحق سوى الإضرار بالغير :

وفـــي هــذه الحالــة يكون استعمال الحق غير مشروع حتى ولو حقق مصـــلحة أو منفعة لصاحبه ، فمن يغرس أشجاراً عالية في أرضه بقصد حجب الـــنور عن جاره يكون متعسفا في استعمال حقه حتى ولو زادت منفعة الأرض بغرس الأشجار ، بل ولو كان صاحب الأرض قد توقع هذه المنفعة ، ما دام أن غرضـــه الأساســـي كان هو الإضرار بالجار [1] ، ومن يرفع دعوى كيدية على شخص لمجرد مضايقته ، يعتبر حينئذ مخطئا للتعسف في استعمال حقه [2] .

الحالة الثانية : انعدام التناسب بين مصلحة صاحب الحق وبين الضرر الذي يحيق بالغير [3] :

إذا استعمل صاحب الحق حقه ، وكانت المصلحة التي يرمى إلى تحقيقها تافهـــة وقليـــلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يعود على الغير من ضرر بســـببها ، كنا بصدد سوء استعمال للحق ، إذ لابد أن تكون المصلحة التي يسعى صـــاحب الحـــق إلى تحقيقها راجحة على ما يصيب الغير من ضرر ، فإذا كان الضرر جسيما إذا ما قورن بالمصلحة العائدة على صاحب الحق ، كان استعمال الحق غير مشروع ، ومثال ذلك : من يرفع صوت مذياع عنده بالليل والنهار في

---

(١) د . عبد الرازق فرج – المرجع السابق ص ٩٨ .

(٢) د . عبد الناصر العطار – المرجع السابق ص ٤٣٦ .

(٣) د . حسن كيره – المرجع السابق ص ٧٧٤ ، وانظر : د . نعمان جمعة – المرجع السابق ص ٦٨٣ ، د . عبد المنعم الصدة – المرجع السابـــــــــق ف ٤٣٥ ، د . عبد المنعم البدراوي – المرجع السابق ص ٥٢٠ ، د . أحمد سلامة – المرجع الســـابق ص ٣١٠ ، د . جميـــل الشرقاوي – المرجع السابق ص ٢٤٢ ، وانظر : مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني جـــ ١ ص ٢١٠ وما بعدها .

مسكنه أو حانوته مما يقلق راحة جيرانه، إذ يعتبر هنا متعسفا في استعمال حقه ، ومن يقيم حائطا في حديقة منزله دون مبرر قوى لإقامته ليحجب الضوء والهواء عن جاره كان مخطئا لتعسفه في استعمال حقه [١] .

الحالة الثالثة : حالة استعمال الحق بقصد تحقيق مصالح غير مشروعة :

استعمال الحق يتقيد بمشروعية المصالح التي يرمى صاحب الحق إلى تحقيقها من وراء استعماله ، ومن ثم يجب أن تكون هذه المصالح غير مخالفة للنظام العام أو الآداب ، ومن أمثلة ذلك : استعمال صاحب المنزل منزله لأغراض الدعارة أو لتناول المخدرات ، أو صاحب العمل الذي يستعمل حقه في فصل عامل لأنه التحق بنقابة من نقابات العمال ، قاصدا من ذلك حرمان العامل من حق من حقوقه المقررة بقانون العمل [٢] .

١٧٨ – جزاء التعسف في استعمال الحق :

وفقا لمفهوم المادة الرابعة من التقنين المدني يكون جزاء التعسف في استعمال الحق : هو التعويض عن الضرر باعتبار هذا الاستعمال فعلا غير مشروع ، أي يترتب على التعسف ما يترتب على الفعل الضار من أحكام [٣] .

وجدير بالذكر أن جزاء التعسف لا يقتصر على إزالة الضرر بعد وقوعه

---

(١) انظر : د . عبد الناصر العطار – المرجع السابق ص ٤٣٧ . د . عبد الرازق فرج – المرجع السابق ص ٨٨ ، د . عبد المنعم البدراوي – المرجع السابق ص ٥٢٠ .

(٢) د . عبد الرازق فرج – المرجع السابق ص ٨٩ ، د . أحمد سلامة – المرجع السابق ص ٢١١ ، د . نعمان جمعة – المرجع السابق ص ٥٨٣ .

(٣) د . محمد شكري سرور – المرجع السابق ص ٣١٤ .

عن طريق التعويض ، بل يشمل أيضا اتخاذ ما يلزم نحو منع الضرز من الوقوع ، فهذه النظرية قد تؤدي إلى منع صاحب الحق من استعمال حقه قبل أن يترتب على هذا الاستعمال ضرر ما ، أي أنها تكون بمثابة الوقاية للغير من الضرر الذي يلحقه نتيجة استعمال صاحب الحق لحقه ، ومن تطبيقات ذلك إذا تعسف الدائن في المطالبة بالتنفيذ العيني في غير مصلحة جدية ، منع من ذلك ، وفرض عليه أن يقتصر على طلب التنفيذ بمقابل بطريق التعويض (١) .

(١) د . عبد الرازق فرج - المرجع السابق ص ١٠٠ ، وانظر نص المادة ٢٠٣ / ٢ ، من التقنين المدني التي تنص على " إنه إذا كان في التنفيذ العيني إرهاق للمدين جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدي إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضررا جسيما " .

الفصل الثاني
حمايـــة الحـــق

****

١٧٩ – مفهوم حماية الحق :

مـن الثابت أن كل حق لابد وأن يكون محميا بالقانون ، لا فرق في ذلك بيـن حـق مـالي ، وحق غير مالي ، ولا بين حق عيني وحق شخصي ، فكل الحقـوق يقابلـها واجب بعدم الاعتداء عليها . وإذا لم يخرج صاحب الحق عن الحـدود المألوفـة كان استعماله لحقه مشروعا ، أما إذا تجاوز هذه الحدود فإنه يكـون متعسـفا فـي استعمال حقه ، ويكون غير جدير بحماية القانون ويلتزم بتعويض الضرر الناتج عن سوء هذا الاستعمال .

وتقضي قواعد المنطق والعدالة في دولة منظمة أنه لا يجوز للشخص أن يأخذ حقه بيده حتى لا تعم الفوضى في المجتمع ، ومن ثم كان على الشخص إذا أراد حمايـة حقه من أي اعتداء أن يلجأ للقضاء بدعوى للحصول على حكم أو لمنع الاعتداء عليه ، وإذا كان الغير هو الذي رفع الدعوى ، كان لصاحب الحق أن يرد عليه بدفع يرد به على طلبات خصمه (١) .

فالدعوى هي الوسيلة الرئيسية لحماية الحق ، وهو ما ستتناوله بشيء من التفصيل في البند التالي .

١٨٠ – الدعوى وسيلة لحماية الحق :

الدعوى أمام القضاء هي الوسيلة الرئيسية لحماية الحق، وهي التي تمكن

---

(١) د . عبد الناصر العطار – المرجع السابق ص ٤٣٧ ، د . أحمد سلامة – المرجع السـابق ص ٣١٧ ، د . نعمان جمعة – المرجع السابق ص ٥٧٧ – ٥٧٩ ، د . إسماعيل غانم – المرجع السابق ص ١٥٦ وما بعدها ، د . عبد المنعم البدراوي – المرجع السابق ص ٥١٠ ، د . مصطفى عدوي – المرجع السابق ص ٣٥٩ .

صاحب الحق من اللجوء إلى السلطة العامة لتقرير حقه أو رد الاعتداء عليه ، لأن القاعدة " أنه لا يجوز للشخص أن ينتصف لنفسه بنفسه " أو أن يحصل على حقه بنفسه ، بل يتعين عليه أن يلجأ للسلطة العامة لتتولى توقيع الجزاء على مخالفة القاعدة القانونية المنشئة للحق المعتدي عليه أيا كان الجزاء المناسب الذي توقعه السلطة المنوط بها توقيع الجزاء على من يخالف أي قاعدة قانونية .

١٨١- صور الحماية :

الحماية القانونية للحق تأخذ صورا متعددة ، فقد تكون جزاء جنائيا ، وقد تكون جزاء مدنيا .

أ - **فالجزاء الجنائي** : يتمثل في العقوبة التي توقع على شخص المعتدي إذا تضمن الاعتداء على حق الفرد إخلالاً بأمن الجماعة ، بشرط أن تكون الجريمة والعقوبة منصوص عليها صراحة في القانون إذ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص .

ب - **أما الجزاء المدني** : أو الحماية المدنية ، فلها أكثر من صورة ، فقد تكون الحماية مانعة أو وقائية ، وتهدف إلى منع اعتداء وشيك الوقوع ، ومن أمثلتها حق دائني الشريك المشتاع أن يعارضوا في تمام قسمة المال دون تدخلهم [١] ، ومن هذه الحماية أيضا ما يسمى بالإجراءات التحفظية التي تهدف إلى منع ضياع مال معين كالحجز التحفظي ووضع الأختام ، وتعيين حارس ، وقد تكون الحماية " علاجية " وهي التي تقع بعد حدوث الاعتداء ، ويكون مضمونها إزالة هذا الاعتداء متى أمكن ، أو إلزام من قام به بالتعويض، وسواء

---

(١) المادة ٨٤٢ / ١ مدني مصري .

كانت الإزالة بطريق مباشر أو غير مباشر [١] .

وإذا لم يمكن إزالة الاعتداء على الحق سواء بسلوك الطريق المباشر أو غير المباشر ، فلا يكون أمام صاحب الحق إلا أن يطلب من القضاء الحكم بالتعويض النقدي المناسب ، على أن يلاحظ أن التعويض يمكن أن يكون غير نقدي في بعض الحالات ، فمثلا قد يرى القاضي أن نشر الحكم الذي أثبت الاعتداء يمثل مقابلا كافيا لإزالة الضرر ، وخاصة في صور الاعتداء التي تمس الشرف والسمعة [٢] .

---

(١) الإزالة المباشرة : تكون وتتحقق دون تدخل المعتدي ، وتكون الإزالة بطريق غير مباشر إذا أكره المعتدي على القيام بالإزالة بنفسه ، كما لو امتنع المدين عن الوفاء بما عليه ، فيقوم الدائن بتوقيع الحجز على أمواله كلها أو بعضها ، ويبيعها عن طريق السلطة العامة ، وأن يستوفي حقه من الثمن .

(٢) د . أحمد سلامة – المرجع السابق ص ٣٢٠ ، وانظر د . عبد المنعم البدراوي – المرجع السابق ص ٥١٢ – ٥١٤ ، د . عبد الناصر العطار – المرجع السابق ص ٤٣٨ ، د . عبد الرازق فرج – المرجع السابق ص ٩٦ – ٩٧ .

الفصل الثالث
إثبـــــات الحـــــق

****

١٨٣ – أهمية إثبات الحق :

يقصـــد بإثـــبات الحـــق : إثبات الواقعة القانونية أو التصرف القـــانوني الذي أنشأ الحق [١] : إقامة الدليل على وجوده [٢] ، أي إقامة الدليل أما القضاء على مصدر الحق الذي يدعيه الشخص ٠

وتظهـــر أهمية إثبات الحق عندما يكون هذا الحق محل نزاع ، إذ يتعين على من يدعي حقا ما أن يلجأ للقضاء لإثبات حقه ، وإذا لم يتمكن صاحب الحق مـــن إقامـــة الدليـــل على حقه : تجرد هذا الحق من كل قيمة عملية ، وكان هو والعدم سواء[٣] ، فالحق مجردا عن دليله لا قيمة له عند المنازعة فيه ، ومن تظهر أهمية إثبات الحق [٤] ، وكما قال Ihering الدليل فدية الحق ٠ ، وإثبات الحق – كما ذكرنا – يتم بإثبات مصدره ، أي أن الإثبات ينصب على الوقائع أو

---

(١) وليـــس المقصود إثبات ذات الحق ، رغم جريان التعبير في الفقه والتشريع على أن الشخص يقوم بإثبات حقه، وهو تعبير غير دقيق، والصحيح هو ما ذكرنا في المتن ، فمحل الإثبات: مصدر الحق في نطاق حدوث الواقعة أو التصرف الذي أنشأ الحق٠

(٢) د ٠ عبد الناصر العطار – المرجع السابق ص ٤٢٩ ، د ٠ أحمد سلامة – المرجع السابق ص ٣٢٠ ، د ٠ أنور سلطان – المرجع السابق ص ١٩٩، د ٠ نعمان جمعة المصدر السابق ص ٥٧ وما بعدها ٠

(٣) د ٠ عبد الرازق فرج – المرجع السابق ص ١٢١ ٠

(٤) وقـــد أمـــر الرسول – صلى الله عليه وسلم – بالإثبات لمنع الظلم ومنع أكل أموال الناس بالباطل فقال عليه السلام فيما رواه البخاري ومسلم وأحمد والبيهقي وأصحاب السنن: " لو يعطي الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم،ولكن اليمن على من ادعى " وفي رواية البيهقي " ولكن البينة على المدعي واليمين على من أنكر " ٠

التصـــرفات القانونيـــة التي هي مصادر الحقوق ، فمن يدعي أنه لـــه مبلغا عند شـــخص عليه أن يثبت تصدر هذا المبلغ ، هل هو عقد بيع ، أو عقد قرض مثلا ٠٠٠٠ الخ ٠

١٨٣- عبء الإثبات يقع على المدعي :

تـــنص المـــادة الأولى مـــن قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ المعدل بقـــانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢ والقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩م على أن على " الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه " ٠

فهـــذا النص وإن كان قد عرض لحقوق الدائنية أو الالتزامات ، إلا أنه يعتـــبر – في حد ذاته – تطبيقا للمبدأ العام الذي يقضي بأن من يدعي أمرا عليه إثباته ، وهي قاعدة يتضمنها القول المأثور " البينة على المدعي واليمين على من أنكـــر " أو قاعدة " البينة على من يدعي خلاف الظاهر " والمراد بالبينة هنا هو عـــبء الإثبات الذي يتطلبه القانون ، أي يلزم من يدعي خلاف الظاهر أن يثبت مـــا يدعيـــه ، فمن ادعى على شخص أنه دائن له بحق ، فمعنى ذلك أنه يدعي خلاف الظاهر ، فيكون عليه أن يثبت هذا الحق بإقامة الدليل عليه أو البينة ، فإن نجح الدائن في إثبات حقه كان الظاهر أن المدين لم يقم بالوفاء به ، فيكون عليه أن يثبت خلاف هذا الظاهر، أي يثبت التخلص من هذا الدين بإثبات الوفاء به(١)، أو الإبراء منه ، أو سقوطه بالتقادم ٠٠٠٠ الخ ٠

---

(١) د ٠ عبد الناصر العطار – المرجع السابق ص ٤٣٠ ، د ٠ عبد الرازق حسن فرج – المرجع السابق ص ١٢٣ ، د ٠ أنور سلطان – المرجع السابق ص ٢٠٠ ، د ٠ محمـــد عـــلى عمـــران – المرجع السابق ص ٣٠٤ ، د ٠ نعمان جمعة – المرجع السابق ص ٥٧١ ، د ٠ محمد شكري سرور – المرجع السابق ص ١٩٠ ، انظر : د ٠ أحمـــد أبـــو الوفا – التعليق على نصوص قانون الإثبات سنة ١٩٦٨ – الطبعة الـــثانية ١٩٨١ ، د ٠ مصطفى عدوي – المرجع السابق ص ٣٧٥ ، وانظر نقض مدني في ١٩/٦/ ١٩٧٣ س ٢٤ ص ٩٤٠ ٠

علـى أن القانون قد يقيم قرينة لصالح من يدعي خلاف الظاهر ، بحيث إذا توافرت هذه القرينة القانونية فإن عبء الإثبات ينتقل من شخص إلى آخر ، وهـي قرينة بسيطة ، أي يمكن للشخص الآخر أن يثبت عكسها ، ومع ذلك قد يقرر القانون على سبيل الاستثناء أنه لا يجوز إثبات عكس القرينة ، فيقال حينئذ أن " القريـنة قاطعـة " ، ومن أمثلة القرائن البسيطة ما تنص عليه المادة ٥٨٧ مدني من أن الوفاء بقسط من الأجرة قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة على هذا القسـط حتى يقوم الدليل على عكس ذلك ، ومن أمثلة القرائن القاطعة ما تنص عـليه المـادة ١٠١ مـن قانون الإثبات من أن الأحكام التي حازت قوة الأمر المقضـى تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق ، ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه الحجية (١) .

١٨٤ – طرق الإثبات : تعداد :

بيـن قـانون الإثبات وسائل الإثبات المختلفة وهي : الكتابة ، والبينة أو شهادة الشهود ، والقرائن ،والإقرار ، واليمين ، والمعاينة ، والخبرة .

وهذه الوسائل تنقسم إلى أدلة مطلقة ، وأدلة مقيدة .

فالأدلـة المطلقة : هي التي يمكن أن تثبت بها جميع مصادر الحقوق ، أي الوقائع القانونية ، سواء أكانت أعمالا مادية أم أعمالا قانونية وهي الكتابة ، والإقرار ، واليمين الحاسمة .

أمـا الأدلة المقيدة : فهي التي يثبت بها بعض مصادر الحقوق بشروط معيـنة ، أي تقتصر على إثبات الأعمال المادية – إلا استثناءاً – سواء ما كان مـنها من فعل الإنسان أو من فعل الطبيعة وهي : البينة ، والقرائن القضائية ، والمعاينة ، والخبرة .

وفيما يلي كلمة موجزة عن كل وسيلة من وسائل الإثبات السابق ذكرها .

---

(١) انظر في ذلك : د . أحمد سلامة – المرجع السابق ص ٣٢٢ .

١٨٥ - الكتابة :

هي كل محرر مكتوب يثبت صدور التصرف ، وقد يكون هذا المحرر رسميا ، أو عرفيا .

والمحرر الرسمي : هو كل ورقة صادرة من موظف عام مختص بتحريرها ؛ سواء من حيث نوعها أو من حيث مكان تحريرها مع مراعاة الأوضاع التي قررها القانون [١] .

والمحرر العرفي : هو كل ورقة موقع عليها من شخص دون أن تكون صادرة من موظف عام مختص بتحريرها [٢] .

والمحرر الرسمي يكون حجة على الناس كافة في حدود ما هو مثبت فيه ، إذا استوفى كل شروطه كقاعدة عامة ، **والمحرر العرفي** يعتبر حجة على من وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة ، ولا يحتج بما ورد بالمحرر العرفي على غير أطراف هذا المحرر إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت على تفصيل في ذلك ليس هذا موضعه [٣] .

وإذا كان مصدر الحق تصرفا قانونيا تزيد قيمته على ٥٠٠ جنيه خمسمائة جنيه مصري فإنه لا يثبت إلا بالكتابة، أو الإقرار ، أو اليمين الحاسمة.

وإذا كان مصدر الحق واقعة قانونية أو تصرفا قانونيا لا تزيد قيمته عن خمسمائة جنيه مصري أو تزيد على ذلك ولكنه كان تصرفا من جانب واحد[٤] ، أو كان عقدا ولكنه تضمن عملا تجاريا ، أو تضمن عملا مدنيا ، ولكن كانت

---

(١) المادة : ١ من قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ .

(٢) المادة ١٤ من قانون الإثبات ٢٥ لسنة ١٩٨٦ .

(٣) انظر في هذا التفصيل : المادة ١٤ من قانون الإثبات .

(٤) انظر المادة : ٦٠ من قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ .

هناك استحالة مادية أو أدبية من إثباته بالكتابة [١] ، فإن المصدر يمكن إثباته بكل طرق الإثبات بما فيها البينة ، والقرائن القضائية واليمين المتممة [٢] .

١٨٦ - الإقرار :

هو اعتراف شخص - أمام القضاء - وأثناء سير الدعوى - بواقعة قانونية مدعي بها عليه [٣] ، وهو حجة قاطعة على المقر فقط ، غير أنه لا يتجزأ ، فإما أن يؤخذ به كله ، وإما أن يترك كله ، ولكن إذا تعلق الأمر بوقائع متعددة وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتما وجود الوقائع الأخرى جازت تجزئة الإقرار[٤] ، فلو أقر شخص بأنه مدين لآخر، وأن هذا الدين قد انقضى بالإبراء ، جازت تجزئة الإقرار بأن يعتبر الدين ثابتا في ذمة المقر ، ويقع عليه عبء إثبات إبراء الدائن له من هذا الدين .

١٨٧ - اليمين :

هي إشهاد الله تعالى أمام القضاء على صدق ما يقوله الحالف [٥] ؛ وهي نوعان :

الأول : اليمين الحاسمة : وهي اليمين التي يوجها المدعي إلى المدعي عليه أمام القضاء ؛ فإن حلف هذا الأخير فإن من وجهها يعتبر قد عجز عن

---

(١) انظر المادة : ٦٣ من قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ .

(٢) د . أحمد سلامة - المرجع السابق ص ٣٢٢ ، ٣٢٣ ، د . عبد الناصر العطار - المرجع السابق ص ٤٣٢ ، د . عبد الرازق فرج - المرجع السابق ص ١٢٠ .

(٣) د . عبد الناصر العطار - المرجع السابق ص ٤٣٢ .

(٤) المادة : ١٠٤ من قانون الإثبات .

(٥) د . عبد الناصر العطار - المرجع السابق . الموضع السابق .

الإثـــبات بصفة نهائية وخسر دعواه ، أما إذا نكل فإن من وجه اليمين يعتبر قد أقـــام الدليـــل عـــلى حقه ، وسميت باليمين الحاسمة لأنها تحسم النزاع، ويتقيد القاضي بنتيجتها ، ولا يلجأ بعدها إلى أي دليل إثبات آخر ٠

الـــثاني : اليميـــن المتممة : وهي اليمين التي يوجهها القاضي إلى أحد المتـــنازعين ليكمل بها دليلا يرى أنه غير كاف في إثبات الحق [١] ، والقاضي غير ملزم بنتيجتها فله أن يأخذ بها أو لا يأخذ [٢] ٠

١٨٨ – شهادة الشهود أو البينة :

شهادة الشهود في الإثبات يترك أمر تقديرها للقاضي فله أن يأخذ بها أو لا يأخذ بها ، ولا أهمية في ذلك بعدد الشهود ، والبينة تقبل في الأحوال الآتية :

أ – إثـــبات التصـــرفات القانونيـــة التي لا تلزم الكتابة لإثباتها ، وهي التصرفات المدينة التي لا تزيد قيمتها على ٥٠٠ جنيه خمسمائة جنيه مصري ٠

ب – إثبات الأعمال التجارية ٠

جـــ – إثـــبات الوقائع القانونية ، سواء أكانت وقائع طبيعية أو من فعل الإنســـان ، وقد يستلزم القانون وسيلة أخرى كالكتابة – مثلا – في الحالات التي يصح فيها الإثبات أصلا بالبينة [٣] ، وهنا لا يصح الإثبات بالبينة حتى ولو كانت قيمة التصرف تقل عن ٥٠٠ جنيه خمسمائة جنيه مصري ، وذلك إذا أريد إثبات مـــا يخـــالف أو مـــا يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابـــي ؛على أنه يجوز إثبات

---

(١) د ٠ أحمد سلامة – المرجع السابق ص ٣٢٣ ، د ٠ محمد شكري سرور – السابق ص ٢٠٢ ٠

(٢) المواد : ١١٤ وما بعدها من قانون الإثبات ٠

(٣) د ٠ عـــبد الـــرازق فـــرج – المرجع السابق ص ١٢٧ ، د ٠ عبد الودود يحيى – المرجع السابق ص ٣٥٢ ، د ٠ محمد شكري سرور – المرجع السابق ص ٢٩٩ ٠

التصـــرف بشهادة الشهود مهما بلغت قيمة التصرف وذلك إذا كان هناك نص أو اتفـــاق يقضي بغير ذلك ، أو كان هناك مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول عـــلى دليل كتابي ؛ كالديون التي تكون بين الأب وابنه ، أو الزوج وزوجته (١) ... الخ على تفصيل في ذلك ليس هذا مجاله .

١٨٩ - القرائــن :

القـــرائن القانونيـــة هي ما يستخلصه المشرع أو القاضي من أمر معلوم للدلالة على أمر مجهول . كالقرينة التي تعتبر الوفاء بقسط من الأجرة دليل على الوفـــاء بالأقســـاط السابقة ؛ والقرائن القضائية هي ما يستنبطه القاضي من أمر معـــلوم لـــلدلالة على أمر مجهول (٢) ، أي الأمور التي يستخلصها القاضي من ظروف النزاع وملابساته دون رقابة عليه من محكمة النقض ، وهي دليل إثبات قـــابل لإثـــبات العكس ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك ، ومثال هذا النوع من القرائن ما تنص عليه المادة ١٠١ من قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ بقولها " الأحكام التي حازت قوة الأمر المقضي تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق ، ولا يجوز قبول دليل بنقض هذه الحجية .

١٩٠ - المعاينـــة :

المعايـــنة مـــن أهـــم الأدلة التي تعين على معرفة الحقيقة ، وتتم بانتقال المحكمـــة أو أحد قضاتها لمعاينة الشيء محل النزاع ، ويكون ذلك إما بناء على

---

(١) د . عبد الناصر العطار - المرجع السابق ص ٤٣٣ ، د . عبد الرازق حسن فرج - المرجع السابق ص ١٢٨ ، د . لاشين محمد يونس الغياتي - المرجع السابق ص ١٦٦ ، د . منصور مصطفى منصور - المرجع السابق ص ٢٣٤ .

(٢) المادة ١٣١ وما بعدها من قانون الإثبات .

طلب أحد الخصوم ، وإما بأن تقوم المحكمة بالمعاينة من تلقاء نفسها إذا هي رأت ضرورة لذلك ٠

١٩١ – الخبـرة :

وهي نوع من المعاينة وتتم بواسطة شخص من أهل الخبرة ، وذلك إذا كان الحكم في النزاع يتطلب نوعا من المعرفة لا يلم به القاضي كالطب أو الكيمياء ، وفي هذه الحالة تحكم المحكمة بندب خبير واحد أو ثلاثة للاستعانة بهم؛ مع ملاحظة أن رأي هؤلاء الخبراء غير ملزم للمحكمة [١] ، وعدم الإلزام هذا محل نظر – في رأينا – لأن عدم الأخذ به يجعل عمل الخبراء – وهو عمل لا يلم به القاضي ولا يعرف كنهه – نوعا من العبث ، وإذا كان رأي الخبراء استشاريا للقاضي ، فمن يكون رأيه معول عليه في النزاع مع الأخذ في الاعتبار أن القاضي لا يعلم شيئا عن ماهية الموضوع محل النزاع إلا من خلال رأي الخبراء ٠

---

(١) المواد : ١٣٥ وما بعدها من قانون الإثبات ، وانظر د ٠ عبد الودود يحيى – المرجع السابق ص ٣٥٥ ٠

الفصل الرابع
انقضـــــاء الحـــــق

****

١٩٣ – تمهيد وتوضيح :

نخـــتم هذه الدراسة بكلمة موجزة عن انقضاء الحقوق ، مع ملاحظة أن حديثنا عن انقضاء الحقوق ينصرف إلى الحقوق المالية فقط ، سواء أكانت حقوقا شخصـــية أم حقوقـــا عينية ، أما الحقوق غير المالية ، أو الحقوق العامة وهي الحقـــوق الـــتي تمنح للكافة دون تفرقة ، فهذه تخرج عن نطاق دراستنا لأنها لا تقوم بمال ، ومن ثم فهي تخرج عن دائرة التعامل ولا يجوز التنازل عنها ، ولا تسرى في شأنها أحكام التقادم ، ولا تقبل الانقضاء .

ولكـــن قـــد يحرم الشخص من ممارسة هذه الحقوق (الحقوق السياسية والحقـــوق العامة وحقوق الأسرة) بصفة مؤقته أو على سبيل الدوام ، فالمحكوم عـــليه بالســـجن : يحـــرم من حرية الغدو والرواح ، ومن حقه في الترشيح في المجالس النيابة أو تولى الوظائف العامة ، وقد تسقط بعض حقوق الأسرة ، كما فـــي حالة عزل الوصي من الوصاية للحكم عليه بعقوبة جنائية ، أو تقصيره في إدارة أموال القاصر [١] .

وتأسيسا على ما تقدم فإننا سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين :

الأول : في انقضاء الحقوق العينية .

الثاني : في انقضاء الحقوق الشخصية .

---

(١) د . مصـــطفى عـــدوي – المرجع السابق ص ٤٥٤ ، وانظر د . نعمان جمعة – المرجع السابق ص ٥٨٥ ، د . فتحى عبد الرحيم – المرجع السابق ص ٢٧٧ .

المبحث الأول
انقضاء الحقوق العينية

****

١٩٣ - أسباب انقضاء الحقوق العينية الأصلية :

سبق أن بينا في بداية هذا الكتاب أن الحقوق العينية حددها القانون على سبيل الحصر ، وهي تنقسم إلى حقوق عينية أصلية وحقوق عينية تبعية ٠

والحقـوق العينية الأصلية هي : حق الملكية - والحقوق المتفرعة عنه وهي : حق الانتفاع - حق الاستعمال والسكنى ، وحقوق الارتفاق - حق الحكر وهذه الحقوق العينية الأصلية تنقضي بالأسباب الآتية [١] :

أ - الهـلاك : فـإذا هلك الحق العيني الأصلي ، انقضى بهلاكه هذا الحـق فإذا تهدم منزل مملوك لشخص معين ، فإن هذا يؤدي بداهة إلى انقضاء حق الملكية وحقوق الانتفاع أو الارتفاق التي تكون قد ترتبت على هذا الحق ٠

ب - التنـازل : يمكن لصاحب الحق العيني أن يتنازل عنه باعتباره مـن الحقوق المالية ، ومن ثم ينقضي هذا الحق بذلك التنازل ، وفي هذا المعنى تقضي المادة ٧٨١ مدني - على سبيل المثال - بأنه " يصبح المنقول لا مالك له إذا تخلى عنه صاحبه بقصد النزول عن ملكيته " ٠

جـ عدم الاستعمال : تنقضي الحقوق العينية الأصلية كلها - ما عدا حق الملكية - بترك استعمالها مدة طويلة قدرها القانون بخمسة عشر عاما ، فإذا تـرك المنـتفع - مـثلا - حقه دون استعمال طوال هذه المدة ، فإن هذا الحق

---

(١) انظر في ذلك : د ٠ محمد شكري سرور - المرجع السابق ص ٣١٦ ، ٣١٧ ، د ٠ عبد الودود يحيى - المرجع السابق ص ٣٩٩ ، د ٠ نعمان جمعة - المرجع السابق ص ٥٨٥ ، د ٠ فـتحي عبد الرحيم - المرجع السابق ص ٢٧٥ ، د ٠ محمد لبيب شنب - المرجع السابق ص ٢٣٩ ٠

ينقضـــي (١) ، وكذلك الحكم إذا ترك صاحب حق الحكر الاستفادة من حقه طوال هـذه المدة (٢) ؛ إلا إذا كان حق الحكر موقوفا ، فينتهي بعدم استعماله مدة ثلاث وثلاثين سنة (٣) .

أمـا حـق الملكية : فإنه لا يسقط أبدا بعدم الاستعمال ، وبالتالي فمهما مضـي مـن زمن على قعود المالك عن استعمال ملكه ، فإن هذا لا يؤدي إلى انقضاء حق الملكية ، وتعبيرا عن هذه الفكرة يقال أن حق الملكية – حق دائم .

ومـع ذلك يجب ملاحظة أن أي شخص إذا وضع يده على شيء مملوك لـلغير بقصـد تملكه ، فإنه يكتسب ملكية هذا الشيء إذا مضت مدة معينة وهي خمـس سـنوات أو خمـس عشرة سنة (٣) ، على بدء وضع يده على الشيء ، والقـانون هـنا – فقـط – غلب حق واضع اليد على حق المالك الأصلي الذي تقاعس عن دفع الاعتداء على ملكيته طيلة هذه المدة (٤) .

١٩٤ – أسباب انقضاء الحقوق العينية التبعية :

الحقـوق العيـنية التـبعية – كما سبق بيانها – هي : الرهن الرسمي ، والرهن الحيازي ، وحق الاختصاص ، وحقوق الامتياز ، وهذه الحقوق لا تقوم مستقلة بذاتها ، ولكنها تنشأ ضمانا لحق شخصي ، ولذلك فهي تكون تابعة للحق الذي تضمنه ، وبالتالي فهي تنقضي بانقضاء الحق الشخصي نفسه أيا كان سبب هذا الانقضاء ، فإذا نشأ الرهن – مثلا – ضمانا لدين معين ، وانقضى هذا الدين انقضى بالتبعية ذلك الرهن الضامن للدين (٥) وهكذا .

---

(١) المادة ٩٩٥ مدني مصري .

(٢) المادة ١٠١١ مدني مصري .

(٣) تـبعا لمـا إذا كان واضح اليد حسن النية فيتملك الشيء بمضي خمس سنوات على وضـع اليد ، وإذا كان سيء النية يستلزم الأمر مضي خمس عشرة سنة حتى يتم له تملك الشيء .

(٤) د . عبد الودود يحيى – المرجع السابق ص ٣٥٩ .

(٥) انظـر : د . محمـد شكري سرور – المرجع السابق ص ٣١٨ ، د . عبد الرازق فرج – المرجع السابق ص ١٤٤ ، د . نعمان جمعة – المرجع السابق ص ٥٨٥ .

المبحث الثاني
انقضاء الحقوق الشخصية

****

١٩٥ – تمهيد وتعداد :

تتميز الحقوق الشخصية – الالتزامات – بأن مصيرها الحتمي إلى زوال فهي حقوق مؤقتة بطبيعتها ، لأنها تنشئ علاقات بين الأفراد تجعل بعضهم ملتزما في مواجهة الآخر ، ولا يمكن أن يكون هذا الالتزام أبديا ، وإلا كان ذلك مبدءاً خطيرا يمس حرية الملتزم ٠

والحقوق الشخصية تنقضي بعده طرق هي :

١ – الوفاء ٠

٢ – انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء ، ويكون ذلك في التجديد ، الوفاء بمقابل والإنابة الكاملة في الوفاء ، والمقاصة ، واتحاد الذمة ٠

٣ – انقضاء الالتزام دون وفاء ، وفيه يتم انقضاء الالتزام دون أن يتلقى الدائن مقابلا لحقه أو ما يكون معادلا لحقه ٠

وهذا يتحقق في الإبراء ، واستحالة التنفيذ والتقادم المسقط (١) ٠

وإليك كلمة موجزة عن طرق انقضاء الحقوق الشخصية ٠

١٩٦ – أولا : الوفاء :

يقصد بالوفاء أن يقوم المدين بتنفيذ عين ما التزم به في مواجهة الدائن – ويسمى هذا بالتنفيذ العيني – وإذا لم يقم المدين بهذا الوفاء اختيارا : يكون للدائن إجباره على ذلك ما دامت شروط التنفيذ العيني متوافرة ، وإلا فلا يكون

---

(١) انظر : د ٠ عبد الرازق حسن فرج – المرجع السابق ص ١٣٠ ، د ٠ عبد الودود يحيى – المرجع السابق ص ٣٦ ، د ٠ شكري سرور – المرجع السابق ص ٣١٨ ، د ٠ نعمان جمعة – المرجع السابق ص ٥٨٤ ، د ٠ جميل الشرقاوي – المرجع السابق ص ٤٨٣ وما بعدها ٠

للدائن سوى الحصول على مقابل (أي تعويض) يحل محل هذا التنفيذ العيني .

١٩٧ – ثانيا : انقضاء الحق الشخصي بما يقوم مقام الوفاء :

ينقضـــي الالـــتزام (الحـــق الشخصي) بما يقوم مقام الوفاء ، والطرق المعادلة للوفاء هي :

أ – الوفاء بمقابل :

وهو قبول الدائن من مدينه – عند الوفاء – مقابلا آخر غير ما اتفق عليه عند بدء نشوء الالتزام ، فينقضي الدين بهذا المقابل ، ليقال – عندئذ – أن المدين قد أوفى بطرق الاعتياض [١] ، وفي هذا المعنى تنص المادة ٣٥٠ مدني على أنه " إذا قـــبل الدائن في استيفاء حقه مقابلا استعاض به عن الشيء المستحق ، قام هذا مقام الوفاء " .

ب – التجديد :

ويقصـــد به الاتفاق على انقضاء التزام قائم وإحلال التزام جديد محله ، ويختـــلف عنه في محله [٢] ، أو مصدره [٣] ، أو في أحد طرفيه [٤] (الدائن أو المديـــن) ، ويترتب على هذا التجديد انقضاء الالتزام القديم ونشوء التزام جديد محله يختلف عن الالتزام الأول في صفاته ودفوعه [٥] .

---

(١) د . محمد شكري سرور – المرجع السابق ص ٣١٩ .

(٢) كأن يكون محل الالتزام عملا يقوم به المدين ، ثم يتم الاتفاق على أن يستبدل به مبلغ من النقود .

(٣) قـد يكـون التجديد بتغيير سبب الالتزام ، كما لو اتفق الدائن مع المدين على إبقاء الأجرة التي تجمدت في ذمة المستأجر على سبيل القرض .

(٤) كأن يتفق الدائن مع المدين على أن يفي هذا الأخير بالدين لشخص آخر غير المدين يقبله الدائن (د . عبد الودود يحيى – المرجع السابق – الموضع السابق) .

(٥) انظر : المادة ٣٥٦ ، د . عبد الودود يحيى – المرجع السابق ص ٣٦٠ .

جـ - الإنابة الكاملة في الوفاء :

الإنابـــة : عمل قانوني بموجبة يلتزم شخص أجنبي عن الدين بالوفاء به لـــلدائن ، وذلك باتفاق المدين (المنيب) والأصلي (المناب) والدائن (المناب لديـــه) ويترتب على هذه الإنابة : انقضاء الالتزام ، إذا كان مضمون الاتفاق عـــليها : بـــراءة ذمـــة المدين ليتحمل الأجنبي الدين عنه ، وهذا ما يسمى بـــ " الإنابـــة الكاملة " في مقابل " الإنابة الناقصة " وهي التي لا تتضمن الاتفاق على بـــراءة ذمة المدين وتحمل الأجنبي الدين عنه ، وهذه الإنابة الناقصة لا يتم بها انقضاء الدين لأن الأجنبي فيها يتحمل الدين مع المدين ، وليس بدلا منه (١) .

د ـ المقاصـــة :

وهي طريق من طرق انقضاء الالتزام ، وتتحقـــق : حين يصبح المدين دائـــنا لدائـــنه ، فينقضي الدينين بقدر الأقل منهما ، ويتعين على المدين بالجزء الباقي أن يفي به بالطريق العادي ، فإذا كان (أ) دائنا (ب) بمبلغ ألف جنيه ، ثم اشترى (أ) من (ب) ساعة بمبلغ ٥٠٠ خمسمائة جنيه ، فإن كلا منهما أصـــبح دائنا ومدينا فينقضي الدينين مقاصة بقدر الأقل منهما ، وهو ٥٠٠ جنيه خمسمائة جنيه ولا يبقى على (ب) إلا مبلغ ٥٠٠ جنيه خمسمائة جنيه فقط .

على أنه يشترط الوقوع المقاصة القانونية (٢) :

١ – أن يكون هناك تقابلا بين الدينين ، بمعنى أن يكون كل من الطرفين دائنا ومدينا للآخر في نفس الوقت .

٣ – أن يكون الدينان من نوع واحد ، والغالب أن يكونا من النقود ، أو المثليات المتحدة في النوع والجودة .

---

(١) د . محمد شكري سرور – المرجع السابق .

(٢) وهناك نوع أخر من المقاصة هو " المقاصة القضائية التي تتم بحكم القاضي " .

٣ – أن يكــون الدينان من قوة واحدة ، ويقصد بذلك أن يكون كل منهما مســتحق الأداء ، وقابلا للحجز عليه ، وخاليا من النزاع ، وصـالحا للمطالبة به أمام القضاء [١] ، فإذا كان أحدهما – مثلا – دينا طبيعيا والآخر دينا مدنيا ، فإن المقاصـــة لا تقع ، وإذا كان أحدهما مقدرا والآخر غير مقدر (كمقدار التعويض قبل الحكم به) فإن المقاصة لا تقع ٠٠٠ وهكذا ٠

هـ - اتحاد الذمـة :

اتحاد الذمة عبارة عن : اجتماع صفتي الدائن والمدين في شخص واحد بالنســبة إلى ديــن واحد ، ويترتب على ذلك أن ينقضي هذا الدين بالقدر الذي اتحدت فيه الذمة ، إذ أن المطالبة بالدين تصبح مستحيلة ، فلا يمكن للشخص أن يطالب نفسه ٠

ويــتحقق اتحــاد الذمة – في الغالب – بسبب الوفاة ، فإذا توفى الدائن ، وكان الوارث مدينا له ، فإن الوارث يخلفه ، فيصبح دائنا ومدينا في ذات الوقت ، فينقضـــي الدين باتحاد الذمة في حدود مآل إليه من ميراث ، وقد يتحقق اتحاد الذمـــة فـــي حـــال الحياة ، ومثال ذلك قيام إحدى الشركات بشراء السندات التي أصدرتها [٢] ٠

على أن يلاحظ أن الفرق بين اتحاد الذمة والمقاصة: أن المقاصة تفترض وجـــود دينين متقابلين على شخصين مختلفين يكون كل منهما دائنا ومدينا للآخر في نفس الوقت ، فيترتب على هذا التقابل انقضاء الدينين بقدر الأقل منهما ، أما

---

(١) د ٠ نعمـــان جمعة – المرجع السابق ص ٥٨٤ ، د ٠ عبد الودود يحيى – المرجع السابق ص ٣٦١ ، د ٠ عبد الرازق حسن فرج – المرجع السابق ص ١٣٥ ، د ٠ سليمان مرقص – المرجع السابق ص ٤٤٧ ٠

(٢) د ٠ عــبد الرازق فرج – المرجع السابق ص ١٣٧ ، د ٠ نعمان جمعه – المرجع السابق ص ٥٨٤ ، د ٠ شكري سرور – المرجع السابق ص ٣٢٠ ٠

في اتحاد الذمة ، فلا يوجد إلا دين واحد ، ثم ينتقل حق الدائن إلى المدين فيصبح كأنه يداين نفسه ، ولذلك ينقضي الدين [١] .

١٩٨ – ثالثا : انقضاء الحق دون الوفاء به :

ينقضي الحق الشخصي دون الوفاء به بإحدى الطرق الآتية :

أ – الإبـــــراء :

وهو عمل قانوني من جانب الدائن به يتنازل عن حقه قبل المدين ، فهو تصرف انفرادي يتم بإرادة الدائن وحدها ، وهو عمل تبرعي يشترط فيه أن تكون للدائن أهلية التبرع بالدين ، ولا يشترط فيه شكل خاص ولو وقع على التزام يشترط لقيامه توافر شكل فرضه القانون ، أو اتفق عليه المتعاقدان [٢] .

ب – استحالة التنفيذ :

ينقضي الالتزام إذا أصبح تنفيذه مستحيلا بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه[٣] ، ففـي عقد البيع – مثلا – إذا هلك الشيء المبيع قبل تسليمه إلى المشتري فإن حق المشتري في المطالبة بالتسليم ينقضي لاستحالة تنفيذ الالتزام ، وينفسخ العقد بقـوة القـانون ، وإذا كـانت الاستحالة راجعة إلى خطأ البائع فإنه يلتزم بدفع تعويض إلى المشتري عن خطأه .

على أن يراعي أنه إذا كان محل الالتزام شيئا مثليا فإن هلاكـه – حتى ولـو كـان بقوة قاهرة – لا يؤدي إلى استحالة التنفيذ لأن المثليات لها مثيل في الأسواق [٤] .

---

(١) د . عـبد الـودود يـحيى – المرجع السابق ص ٣٦١ ، د . فتحي عبد الرحيم – المرجع السابق ص ٢٨٠ .

(٢) المادة : ٣٧٢ / ٢ مدني مصري .

(٣) المادة ٣٧٣ مدني مصري .

(٤) د . عـبد الـودود يـحيى – المرجع السابق ص ٣٩٢ ، د . عبد الرازق فرج – المرجع السابق ص ١٣٨ ، د . نعمان جمعة – المرجع السابق – الموضع السابق ، د . مصطفى عدوي – المرجع السابق ص ٤٥٢ ، د . فتحي عبد الرحيم – المرجع السابق ص ٢٨١ .

جـ - التقادم المسقط :

التقادم : عبارة عن انقضاء مدة معينة يقررها القانون على استحقاق الديـن دون أن يطالب به الدائن [1] ، فالحقوق الشخصية تنقضي بالتقادم المسقط أي عـدم المطالـبة بـالحق مدة معينة تبدأ من وقت جواز هذه المطالبة ، ومدة التقادم المسقط هي خمس عشرة سنة إلا إذا نص القانون على مدة أطول أو أقصـر من ذلك ، فقد نص القانون على حالات تسقط فيها بعض أنواع الحقوق بخمس سنوات ، أو ثلاث سنوات أو سنة واحدة .

فـالحقوق الدوريـة المـتجددة كـالفوائد عـلى النقود ، وأجرة المباني والأراضي تسقط بمضي خمس سنوات ، وتسقط بمضي ثلاث سنوات الضرائب والرسوم المستحقة للحكومـة ، ويسقط بمضي سنة واحدة حقوق موردي المواد الغذائيـة كالخـباز ، والحقـوق المسـتحقة لخدم المنازل عن أجرة خدمتهم [2] .....الخ

ويـراعي أن سـقوط الحـق بالتقادم لا يترتب بقوة القانون لأنه مقرر لمصلحة المدين ، وعليه أن يتمسك به حتى يحكم به القاضي ، وإذا لم يتمسك به فـإن التزامه يظل قائما ، ولا يسقط ، وإذا وفى ما عليه من دين يكون وفاؤه له صحيحا .

تم بعون الله وتوفيقه والحمد لله أولا وآخراً ،،،،

---

(١) د . عبد الرازق فرج – المرجع السابق ص ١٣٨ .

(٢) د . عبد الودود يحيى – المرجع السابق ص ٢٦٢ ، وانظر في أنواع التقادم المسقط تفصيلا : د . عبد الرازق حسن فرج – المرجع السابق ص ١٣٨ – ١٤٣ ، وجميع مؤلفات حق الملكية ، وهي المجال الطبيعي لبيان أحكام التقادم وأنواعه وآثاره .

الفهـــــرس

****

الموضـــــوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

